Unterfällt der Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstückes der Formvorschrift des § 313 BGB.?

Ein Beitrag
zur Lehre vom obligatorischen und dinglichen Vorkaufsrechte.

Inaugural-Dissertation
der
juristischen Fakultät
der
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eugen Lewandowski,
aus Berlin,
Kammergerichtsreferendar in Berlin.

Approbiert am 21. Dezember 1908.

ACAD. LIBRARY BERLIN

1909.
Buchdruckerei von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H.
Schöneberg-Berlin.

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit

gewidmet!

▽

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung.

Stellung der Judikatur und Literatur zu der Frage 1

B. Abhandlung.

I. Die Natur des Vorkaufsrechts.

1. Das obligatorische Vorkaufsrecht.

a) Allgemeines 3

b) Die juristische Natur des obligatorischen Vorkaufsrechts.

α) Eintrittstheorie 5

β) Theorie des bedingten Kaufvertrages 8

γ) Offertentheorie 12

δ) Vorvertragstheorie 14

ε) Ermächtigungstheorie 14

ζ) Gestaltungsrechtstheorie 19

2. Das dingliche Vorkaufsrecht.

a) Die praktischen Hauptunterschiede zwischen dem obligatorischen und dem dinglichen Vorkaufsrechte 27

b) Die juristische Natur des dinglichen Vorkaufsrechtes.

α) Die obligatorische Seite des dinglichen Vorkaufsrechtes,

αα) Die Auffassung der Motive; Kritik derselben (Immerwahr) 30

ββ) Die Auffassungen Gierke's und Fuchs 35

γγ) Schlußfolgerungen aus der vom Verfasser vertretenen Ansicht 36

β) Die dinglich-rechtliche Seite des dinglichen Vorkaufsrechtes.

αα) Die Auffassung Immerwahr's (Reichel, Binder, Seckel) 38

ββ) Charakteristik des dinglichen Vorkaufsrechtes auf Grund der vom Verfasser vertretenen Auffassung 41

II. Der § 313 BGB. Seite

1. Seine Stellung im System des Gesetzes 44

2. Seine Anwendbarkeit.

a) bei dem obligatorischen Vorkaufsrechte

α) nach der Eintrittstheorie 46

β) nach der Theorie des bedingten Kaufvertrages 47

γ) nach der Offertentheorie 47

δ) nach der Vorvertragstheorie 48

ε) nach der Ermächtigungstheorie 49

ζ) nach der Gestaltungsrechtstheorie 50

b) bei dem dinglichen Vorkaufsrechte

α) gegenüber dem Kaufgeschäft 58

β) gegenüber dem dinglichen Vertrage 62

C. Schluß.

Die Bedeutung des Satz 2 § 313 BGB. für das dingliche Vorkaufsrecht 66

Literaturverzeichnis.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Rechte Bd. II. 1884.

Bendix, Die Vormerkung des neuen Rechtes in GruchotsBeitr. 49, 288 ff.

Derselbe, Vorkauf und Widerkauf als Gegenstand der Vormerkung in JW. 04, 601/2.

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge im Entw. in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich, herausgegeben von Becker u. Fischer. 1889. Heft 12.

Biermann, Das Bürgerliche Recht Bd. 1. 1908.

Derselbe, Kommentar zum BGB., Sachenrecht (2). 1903.

Derselbe, Widerspruch und Vormerkung nach dem Deutschen Grundbuchrechte. Jena 1901.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben Bd. 3. 1905.

Boehm, Das materielle und formelle Grundbuchrecht. 1898. Komm.

Burdorf, Ist die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechts und Wiederkaufsrechts im BGB. geändert gegenüber dem gemeinen Rechte? Erlanger Diss. 1902.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes (4). 1904.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Bd. I 1900, Bd. II 1902, Bd. III 1905.

Dernburg, Pandekten Bd. II (7). 1903.

Derselbe, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. I u. II (3). 1906.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach dem Deutschen Bürgerlichen Rechte. 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. I 1903, Bd. II 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. I (3) 1904; Bd. II (2) 1901.

Fischer-Henle, Kommentar zum BGB. (6). 1905.

Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I: materielles Grundbuchrecht. 1902.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht. 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Recht systematisch dargestellt, Bd. I 1903.

Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag (§ 313 BGB.). 1904.

Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. I 1903; Bd. II 1902.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hilscher, Die Unterschiede des dinglichen Vorkaufsrechts von dem durch Vormerkung gesicherten obligatorischen Vorkaufsrechte bei Grundstücken nach dem BGB. Rostocker Diss. 1903.
Hupka, Die Vollmacht. 1900.
Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht in IheringsJ. 40, 279 ff.
Jäger, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Rechte. Tübinger Diss. 1893.
Katz, Zur Lehre vom Vorkaufsrechte nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Erlanger Diss. 1898.
Keetmann, Das persönliche und dingliche Vorkaufsrecht im BGB. Rostocker Diss. 1903.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes Bd. I 1906.
Krech, Die Rechte an Grundstücken in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich, herausgegeben von Becker u. Fischer. 1899. Heft 14.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. Bd. I 1902; Bd. II 1903.
Kuhlenbeck, Wiederkauf und Vorkauf in JW. 01, 388 ff.
Laue, Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts nach dem BGB. Jenaer Diss. 1905.
Männer, Das Sachenrecht nach dem BGB. und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich (2). 1906.
Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 1900.
Neumann, Handausgabe des BGB. 1905.
Oberneck, Die Reichsgrundbuchordnung (3). 1904.
Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht in Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechtes. 1902.
Oertmann, Kommentar zum Rechte der Schuldverhältnisse (2). 1906.
Derselbe, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. vollständig umgearbeitete Aufl. des Kommentars von Gareis. 1908.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II 1906; Bd. III 1906.
Predari, Die Grundbuchordnung, Kommentar 1900 bis 1907.
Raschig, Vormerkungsfähige Ansprüche nach dem Grundbuchrechte. Leipziger Diss. 1903.
Reichel, Die Vormerkung im Deutschen Rechte in IheringsJ. 46, 59 ff.
Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1888.
Schreiner, Die dingliche Sicherung des persönlichen Wiederkaufsrechts in Ansehung von Grundstücken nach dem Rechte des BGB. Jenaer Diss. 1904.
Seckel, Die Gestaltungsrechte in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft für den Reichsbankpräsidenten Richard Koch (1903) 205 ff.
Seckler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrechte. München 1904
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse (2). 1904.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. II (2). (Kuhlenbeck Kober-Engelmann) 1906. Bd. III (Kober) (2). 1907.
Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanatsrede 1904.

Thiele, Das Anwendungsgebiet des § 313 Abs. 1 BGB. in DNotV. 02; 2, 318 ff.
Tochtermann, Der § 313 BGB. Rostocker Diss. 1902.
Türke, Niederführ & Winter (zit. „Türke"), Kommentar zum BGB. (2). 1904.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht Bd. I (3). 1906.
Weigelt, Vormerkung und Widerspruch im Deutschen Grundbuchrecht. Breslauer Diss. 1901.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II (9). 1906.
Winkler, Das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1904 ff. BGB.). Rostocker Diss. 1905.
Wittmack, Das Erbbaurecht. 1905.
Derselbe, Das limitierte Vorkaufsrecht im Recht 06, 465 ff.
Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. II. 1898—1903.

Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan-Falkmann Das „Recht".
Die Deutsche Juristen-Zeitung.

Einleitung.

Das Reichsgericht hat sich neuerdings wiederholt mit dem Vorkaufsrechte zu beschäftigen gehabt. Gegenstand seiner Beurteilung bildete dabei vornehmlich die Prüfung der Frage:

„Genügt zur Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechts hinsichtlich eines Grundstücks mündliche oder privatschriftliche Parteivereinbarung, oder unterfällt dieser Vertrag der Formvorschrift des § 313 BGB.?"

Das Reichsgericht hat diese Frage nicht einheitlich entschieden. Es hat in einigen Entscheidungen sich für den Formzwang des § 313 ausgesprochen und demgemäß das formlos begründete Vorkaufsrecht nach § 125 BGB. für nichtig erklärt.[1]) Im bewußten Gegensatze zu diesen Entscheidungen hat es in wieder anderen das Formerfordernis ausdrücklich verneint und dem hinsichtlich eines Grundstücks mündlich ausbedungenen obligatorischen Vorkaufsrechte Rechtsverbindlichkeit zuerkannt.[2])

Ebenso gegensätzlich ist die Stellung der übrigen Judikatur[3]) zu der Frage, und auch in der Literatur[4]) finden sich beide Auffassungen mit den verschiedenartigsten Begründungen vertreten.

Die oben gestellte Frage ist für die praktische Anwendbarkeit des Vorkaufsrechts von hervorragendster Bedeutung. Man denke nur

---

[1]) Entsch. des RG. vom 4. XI. 04 (59, 132) und 9. XI. 07 (67, 43).

[2]) Entsch. vom 4. III. 05 (60, 225), 19. V. 07 im Recht 07, 763 und für Partikularrecht 16, 155.

Formzwang verlangen: OLG. Braunschweig in DJZ. 10, 823; KG. und OLG Jena in OLG. 2, 74 und 1, 293; SeuffA. 56 Nr. 72; StS. des HansOLG. im Recht 07, 754.

[3]) Formfreiheit gestattet: OLG. Colmar in ElsLothZ. 37, 121.

[4]) Vgl. die Angaben in der Abhandlung später.

an den Fall, daß ein Kaufmann, für dessen offenen Geschäftsladen die Lage in einer bestimmten Verkehrsgegend Existenzbedingung ist, sich das Vorkaufsrecht an dem Mietgrundstück ausmacht, um für den Fall des Eigentumswechsels gegen die Gefahr der Ausmietung gesichert zu sein. Es kann nicht angängig sein, daß er sich diese Sicherheit „nun für alle Fälle" durch die ziemlich kostspielige, möglicherweise aber doch ganz überflüssige notarielle Verhandlung erkauft!

Es muß aber auch auffällig erscheinen, daß diese reine Interpretationsfrage eine solche entgegengesetzte Beantwortung finden konnte. Der Grund für diese Erscheinung ist aber nicht etwa in einer verschiedenen Auffassung über die Voraussetzungen des § 313 BGB. zu suchen; er liegt vielmehr in dem Vorkaufsrechte selbst.

Es ist ein Irrtum, wenn Goldmann-Lilienthal meinen, die Frage „wie das Zustandekommen des Vertrags durch einseitige Erklärung zu konstruieren sei, sei praktisch kaum erheblich".[5]) Vielmehr vermag gerade und nur diese, die Erkenntnis der juristischen Natur des Vorkaufsrechts betreffende theoretische Erörterung, wie schon die Protokolle[6]) andeuten, die Lösung der praktisch erheblichen Formfrage zu bieten.

Aus dieser Erwägung heraus, daß das Wesen des Rechtes entscheidend ist, ist die hier angeregte Formfrage auch gegenüber dem verwandten dinglichen Vorkaufsrecht aufgeworfen worden, und hier ist wissenschaftliche Forschung zum Teil zu für die Praxis außerordentlich unbequemen Resultaten gelangt. Denn es ist nicht nur streitig geworden, ob nicht auch das obligatorische Kaufalgeschäft, durch welches die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts begründet wird, der Form des § 313 BGB. zu unterwerfen ist, sondern es hat sich auch eine Kontroverse darüber gebildet, ob nicht selbst die dingliche Einigung, welche in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuche das dingliche Vorkaufsrecht zur Entstehung bringt, erst durch die notarielle oder gerichtliche Form rechtswirksam wird. Verlangt man aber für eines dieser Rechtsgeschäfte die qualifizierte Begründungsform, so ist weiter

---

[5]) Goldmann-Lilienthal, Das bürgerl. Recht systematisch dargestellt, Komm. 1, 525 Anm. 21.

[6]) Prot. 2, 98.

zweifelhaft geworden, ob § 313 Abs. 2 Anwendung finden könne, wenn der Formvorschrift nicht genügt und das dingliche Vorkaufsrecht gleichwohl im Grundbuch eingetragen ist.

Auch diese Fragen hängen auf das engste mit dem rechtlichen Charakter des Vorkaufsrechts zusammen, und in der Tat gehört denn auch dessen juristische Konstruktion mit zu den umstrittensten Fragen in der Wissenschaft. Da die hier angeregten Fragen trotz ihrer Wichtigkeit für die Praxis in den zahlreichen Abhandlungen über das Vorkaufsrecht bisher gar keine oder doch nur ganz nebensächliche Beachtung gefunden haben, so soll ihre zusammenhängende Untersuchung die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein. Dabei wird naturgemäß das Hauptgewicht auf die Ergründung des juristischen Wesens sowohl des persönlichen, wie des dinglichen Vorkaufsrechts zu legen sein. Nach Würdigung und Widerlegung der einzelnen darüber bestehenden Theorien werden wir sodann vom Standpunkte jeder dieser Theorien die hier aufgeworfenen Zweifelfragen beantworten.[7])

Abhandlung.

I. Das Wesen des Vorkaufsrechts.

1. Das obligatorische Vorkaufsrecht.

a) Allgemeines.

Geleitet von dem Bestreben, durch eine abstrakt gehaltene Fassung des Gesetzes die ganze Fülle menschlicher Lebensverhältnisse zu umfassen, hat es sich der Gesetzgeber in den meisten Fällen versagt, fest umrissene Definitionen der einzelnen Rechtsverhältnisse zu geben, vielmehr sich vorwiegend damit begnügt, lediglich durch Aufstellung praktischer Anwendungsvorschriften das einzelne Rechtsverhältnis zu bestimmen, seine Ergründung selbst aber der Wissenschaft überlassen.

[7]) Bei dieser Gelegenheit sei zum Verständnisse der nachfolgenden Abhandlung auf die Terminologie hingewiesen, der wir uns im Anschluß an die Ausdrucksweise des Reichsgerichts im folgenden bedienen werden: wir bezeichnen den Vorkaufsbegründungsvertrag auch bloß als „Vorkaufsvertrag" und nennen den durch die Erklärung des Berechtigten entstehenden „Vorkauf" auch „Vorkaufsgeschäft".

So sind wir denn auch beim obligatorischen Vorkaufsrecht auf die einzelnen Vorschriften angewiesen, die uns Aufschluß geben über die Voraussetzungen und Wirkungen des Vorkaufsrechts (§§ 504—514 BGB.).

Vergegenwärtigen wir uns nun an der Hand dieser Bestimmungen den Tatbestand des Vorkaufsrechts, so stellt sich dieses als das Recht dar, welches den Vorkaufsberechtigten befugt, sobald der Vorkaufspflichtige hinsichtlich des Vorkaufsgegenstandes mit einem Dritten einen vollgültigen Kaufvertrag abgeschlossen hat, durch einseitige, dem Vorkaufspflichtigen gegenüber abzugebende formlose Ausübungserklärung einen Kauf zwischen sich und dem Verpflichteten unter denjenigen Bedingungen zustande zu bringen, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.[8])

Zwei Tatumstände sind es hiernach, welche dem Vorkaufsrechte sein eigenartiges Gepräge geben:

1. Ein vollwirksamer Kaufvertrag muß hinsichtlich des Vorkaufsgegenstandes zwischen dem Vorkaufpflichtigen und dem Dritten vorliegen. Jedes andere Veräußerungsgeschäft wie Tausch,[9]) Schenkung, Einbringung in die Gesellschaft,[10]) antizipierte Erbfolge[11]) lassen das Vorkaufsrecht nicht zur Entstehung gelangen. Der Kauf muß ferner perfekt sein; es genügt nicht, wie nach gemeinem Rechte,[12]) daß eine ernstgemeinte Kaufofferte oder Verkaufsabsicht vorliegt, vielmehr Verkaufs- und Kauflustiger müssen bereits Verkäufer und Käufer geworden sein und dies durch einen rechtgültigen Vertragsschluß, also sofern es sich um ein Grundstück handelt, durch Abschluß des Vertrags in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung zum Ausdrucke gebracht haben. Liegt ein solcher Kaufvertrag vor, so vermag sodann

2. die einseitige formlose Erklärung des Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber, er übe sein Vorkaufsrecht aus, den Vorkauf unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zur Entstehung zu bringen. Der Verpflichtete ist allerdings noch gehalten, dem Berechtigten von dem Abschluß und dem Inhalte des

---

[8]) §§ 504/5 BGB.

[9]) So insb. Örtmann 2 zu § 504; a. M. Katz 47, Keetmann 63, Jaeger 47.

[10]) So Fischer-Henle Anm. 1 zu § 504 BGB.

[11]) § 511 BGB.

[12]) Dernburg Pandekten 2, 261; a. M. wohl mit Unrecht Jaeger 81 f., der schon für das gemeine Recht Vertragsschluß fordert.

mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich Mitteilung zu machen.[13]) Diese Mitteilung, deren Unterlassung den Verpflichteten schadensersatzpflichtig macht, setzt eine Frist in Lauf, innerhalb welcher der Berechtigte sich zu entscheiden hat, ob er den Vorkaufsgegenstand erwerben will. Dennoch bildet diese Mitteilungspflicht kein Tatbestandsmerkmal, kein Entstehungsmoment des Vorkaufsrechts;[14]) denn wenn der Vorkaufspflichtige diese Mitteilung unterläßt und der Berechtigte auf andere Weise Kenntnis erlangt von dem mit dem Dritten geschlossenen Kaufe, so ist er gleichwohl berechtigt, sein Vorkaufsrecht auszuüben. Stets kommt es aber nur auf die einseitige Erklärung des Vorkaufsberechtigten an; irgendeiner Willensäußerung des Verpflichteten bedarf es zur Entstehung des Vorkaufs nicht.

Wie ist nun dieser durch einseitige Erklärung des Käufers entstehende Kauf juristisch zu verstehen? Der Gesetzgeber hat eine bestimmte Auslegung dieser, lediglich aus praktischen Erwägungen heraus gegebenen Rechtserscheinung nicht geben wollen. Die Frage vielmehr, „ob ein Fall des § 79[15]) anzunehmen, oder für die Akzeptation einer Offerte zu entscheiden, oder ein pactum de contrahendo mit der positiven Bestimmung zu unterstellen ist, daß der Vorvertrag durch die fragliche Erklärung des Berechtigten sich unmittelbar in den Hauptvertrag verwandele, oder ob endlich (z. B. in den Fällen des auf letztwilliger Verfügung beruhenden Vorkaufsrechts) der Vorschrift überhaupt ein positiver Charakter beizumessen ist, hat das Gericht zu entscheiden".[16]) Diese vom Gesetzgeber vorgeschlagenen Lösungen werden, um weitere Konstruktionsversuche noch bereichert, denn auch heute noch sämtlich vertreten.

b) Die juristische Natur des obligatorischen Vorkaufsrechts.

α. Eintrittstheorie.

Da durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten der Kauf unter den mit dem dritten Käufer vereinbarten Kaufbedingungen

---

[13]) § 510 BGB.

[14]) Ebenso Goldmann-Lilienthal 1, 525 Anm. 21, Laue 47, jetzt wohl auch communis opinio.

[15]) § 79 E. handelte von dem sogenannten si volet-Vertrage; vgl. dazu Katz 69.

[16]) Mot. 2, 346/7.

zustande kommt, so fand jene Theorie am ehesten Eingang, die das Vorkaufsrecht als das Recht definierte, durch welches der Vorkaufsberechtigte etwa kraft einer cessio legis in den mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrag eintrete. Diese sogenannte Eintrittstheorie,[17]) die bereits in den Protokollen[18]) als undiskutabel zurückgewiesen worden ist, wird schon entscheidend durch den Wortlaut des § 505 Abs. 2 BGB. widerlegt:

„Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat."

Das Gesetz geht hier offenbar von der Auffassung aus, daß mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein neues Kaufschuldverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Verpflichteten entsteht, dessen Eigentümlichkeit eben nur darin besteht, daß seinen Inhalt die mit dem Dritten vereinbarten Vertragsbestimmungen bilden.[19]) Aber auch aus allgemeinen Erwägungen heraus ist diese Theorie unhaltbar. Läge wirklich in der Ausübung des Vorkaufsrechts nur die Zession des Kaufanspruchs des Dritten gegen den Verpflichteten, so müßten gemäß §§ 412/13 BGB. die allgemeinen Vorschriften über die Abtretung: §§ 398 ff. Anwendung finden. Zufolge § 401 BGB. würden dann dem Verpflichteten gegenüber Hypotheken und Pfandrechte, sowie Bürgschaften des Dritten auch für den Vorkaufsberechtigten weiter haften. Der Verpflichtete würde sich ferner gegen den Berechtigten aller Einwendungen bedienen können, die ihm zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechts gegen den Dritten zustanden (§ 404). Insbesondere könnte er der Klage des Berechtigten auf Wandelung oder Minderung des Kaufpreises wegen Mängel der Sache die Einrede entgegenhalten, daß diese dem Dritten beim Kaufabschlusse bekannt gewesen seien[20]) (§ 460). Eine

---

[17]) Sie findet sich heute nur noch bei Kretzschmar 2, 205; früher vertrat sie auch Krech 91; ungenau sprechen Dernburg, Bürgerliches Recht 2, 86, Matthias 2, 133 und Gierke 801 von „Eintritt in den Kaufvertrag mit dem Dritten", ohne offenbar diese Theorie zu meinen, s. u.

[18]) Prot. 2, 101.

[19]) So auch die allgemeine Ansicht, s. insbes. Planck 2 zu § 504; Örtmann 3b zu § 504; Matthias 1, 526, 9.

[20]) Das will in der Tat Cosack 1, 467; dagegen mit Recht: Planck 2 zu § 504; Keetmann 19.

Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche die wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung gemäß § 443 erlassen oder beschränkt worden ist, würde Wirksamkeit auch gegen den Vorkaufsberechtigten haben. Von allen diesen Konsequenzen kann natürlich in Wahrheit keine Rede sein; es ist auch juristisch ganz undenkbar, daß jemand sich in die Vertragsstellung eines anderen wider oder ohne dessen und seines Vertragsgegners Willen sollte hineindrängen können[21]) hinsichtlich eines Vertrags, dessen Vereinbarungen im Falle einer Abmachung im Sinne des § 506 BGB. für den Zessionar nicht einmal volle Wirksamkeit haben würden.

Der Vorkaufsberechtigte tritt vielmehr wie vor so nach der Ausübung seines Rechtes in gar keine Rechtsbeziehungen zu den Dritten,[22]) nicht einmal beim dinglichen Vorkaufsrechte (die Beziehungen des Berechtigten zum Dritten sind hier rein dinglicher Natur). Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts gestaltet sich die Rechtslage so, als ob der Verpflichtete den Gegenstand des Vorkaufs zweimal verkauft hat; folgeweise müßte er auch dem Dritten auf Schadensersatz haften, wenn er in Erfüllung des Vorkaufsrechts an den Berechtigten leistet. Dem beugt § 506 BGB. ausdrücklich vor, indem er in dem mit dem Dritten geschlossenen Vertrage dem bestehenden Vorkaufsrechte Rechnung zu tragen gestattet. Die Duplizität der Kaufverhältnisse tritt jedoch in dem Falle wieder in die Erscheinung, wenn der Berechtigte mit seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vorkaufpflichtigen in Verzug kommt und dieser von seinem Rücktrittsrechte gemäß § 326 BGB. Gebrauch macht.[23]) Hier kann der Dritte auf Grund seines mit dem Verpflichteten abgeschlossenen Kaufvertrags Erfüllung an sich verlangen.

Indem allen diesen praktischen, vom Gesetz offenbar gewollten Erwägungen gegenüber die Eintrittstheorie versagt, gibt sie sich selbst auf und kann denn auch heute als überwunden betrachtet werden.

Im Gegensatze zu ihr hat sich jetzt die Streitfrage insoweit konzentriert, als Einverständnis darüber herrscht, daß der Vorkauf

---

[21]) Ebenso Katz 27, Laue 17.
[22]) Mot. 2, 347; Cosack 1, 467, 9 I.
[23]) Cosack 1, 467; Planck a. a. O., Keetmann a. a. O.

ein neues, dem Vertrage mit dem Dritten gegenüber selbständiges Rechtsverhältnis darstellt.

β. Theorie des bedingten Kaufvertrags.

Die herrschende Meinung legt das konstitutive Moment für die Entstehung des Vorkaufs ausschließlich in den das Vorkaufsrecht begründenden Vertrag und faßt diesen als einen bedingten Kaufvertrag auf. Teils wird dieser Vertrag als einmal bedingt angesehen und so das Vorkaufsrecht als „Anspruch auf Herausgabe gegen Geld, bedingt durch Vornahme des Verkaufs seitens des Verpflichteten",[24]) definiert, teils — und das ist die überwiegende Auffassung — als doppelt suspensiv bedingt gedeutet, „abhängig einmal davon, daß der Gegenstand an einen Dritten verkauft wird, sodann von der nunmehr auf freier Entschließung abzugebenden Erklärung des Vorkaufsberechtigten, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe."[25])

Auf diesem Wege wird man allerdings der gesetzlichen Vorschriften über das Vorkaufsrecht und insbesondere jener Erscheinung gerecht, daß eine einseitige Erklärung einem Vertrage Wirksamkeit verleiht. Indes scheint diese Auffassung des Vorkaufsrechts mit dessen Natur unvereinbar.

Bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrage treten die Parteien von vornherein in ein rechtsgültiges Kaufschuldverhältnis ein. Das bedingte Rechtsgeschäft ist von Anfang an perfekt, es entsteht bereits in der Gegenwart und die Parteien sind durch dasselbe gerade so gebunden, wie bei einem unbedingten Geschäfte. Noch nicht existent sind allein die Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts. Diese, d. h. also hier die aus dem Vertrag erwachsenden einzelnen Kaufberechtigungen und -verbindlichkeiten sind noch abhängig vom Eintritte des ungewissen, zukünftigen Ereignisses und entstehen erst mit dessen Erfüllung. Wenn hiernach nun der bedingte Kaufvertrag zur Zeit seiner Begründung noch keine Wirkungen äußert und als solcher auch keine äußern kann, so ist doch andererseits gerade

---

[24]) Schollmeyer (1) 25; anders in seiner neuen Auflage: s. u. Anm. 79; ebenso anscheinend (nach seiner sonstigen Auffassung) Immerwahr 283.

[25]) Crome 2, 494; ebenso Enneccerus-Lehmann 1, 874; Fischer-Henle Nr. 2 zu § 504; Gutbrod 66; Neumann I 1b zu § 504; Örtmann Nr. 3e zu § 504; Stammler 13; Weigelt 59; Matthias 1, 526, 9.

wegen der von Anfang an vorhandenen Gebundenheit der Parteien auch schon während des Schwebens der Bedingung der Zustand nicht so, „als wenn noch gar kein Rechtsgeschäft abgeschlossen wäre. Die durch das Geschäft bewirkte Determinierung der Zukunft muß sich auch in der Gegenwart schon fühlbar machen. Es entstehen also schon in der Gegenwart Rechtswirkungen, die freilich von dem bei Eintritt der Bedingung entstehenden Rechte wesentlich verschieden sind. Es sind nur eine Vorwirkung: ein Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten".[26]) Auch diese Anwartschaftsrechte werden allerdings erst durch den Eintritt der Bedingung realisiert; aber sie bestehen, wenn auch hypothetisch, bereits jetzt, und sie bestehen nicht etwa vermöge einer dem bedingten Rechte innewohnenden rückwirkenden Kraft, sondern auf Grund des durch den bedingten Vertrag geschaffenen, „unverrückbaren Rechtsstandes."[27]) Der bedingte Vertrag bildet das Fundament dieser hinsichtlich ihrer Geltendmachung freilich noch ungewissen, aber in den Grundlagen ihrer Entwickelung bereits festgelegten und in dieser Beziehung daher bereits geschützten Berechtigungen.[28])

Deshalb ist schon jetzt der bedingt Verpflichtete als Schuldner anzusehen und darf die Lage des Gläubigers für den Fall des Eintritts der Bedingung weder vorsätzlich noch fahrlässig verschlechtern oder erschweren, anderenfalls macht er sich bei Eintritt der Bedingung dem bedingt Berechtigten schadenersatzpflichtig (§ 160 Abs. 1 BGB.). Dieser wieder hat schon jetzt ein Recht, das er regelmäßig vererben, auch unter Lebenden übertragen kann, das er bei Gefahr der Verdunkelung oder Beeinträchtigung in jeder Form sichern[29]) und für welches er sogar im Konkurse des bedingt Verpflichteten provisorische Berücksichtigung beanspruchen kann.[30])

Die Rechtslage, die durch den Vorkaufsvertrag geschaffen wird, weist nichts auf von dieser anwartschaftsrechtlichen Gebundenheit der Parteien. Durch den Bestand des Vorkaufsrechts wird der Ver-

---

[26]) Crome 1, 440. [27]) Kohler 1, 564.

[28]) Enneccerus-Lehmann 1, 259: „Solange die Bedingung schwebt, ist die Wirksamkeit des Geschäfts noch ungewiß ... Gleichwohl ist das bedingte Geschäft bereits bindend." Ebenso Endemann 1, 380 ff, insbes. Anm. 15; ferner Dernburg, Bürg. Recht 1, 504; Crome a. a. O.

[29]) Z. B. durch Bürgschaft, Pfand, Vormerkung (vgl. §§ 765, 883, 1113, 1204 BGB.) oder durch Arrest und einstweilige Verfügung (§§ 916, 936 ZPO.).

[30]) Ebenso die zu Anm. 28 Genannten.

pflichtete in keiner Weise gehindert, weiter über den Gegenstand zu verfügen: Er darf ihn vertauschen, seinen Erben verkaufen, ja er darf ihn sogar verschenken und damit das Vorkaufsrecht dauernd unmöglich machen, ohne daß dem Berechtigten ein Schadensersatzanspruch etwa aus § 162 BGB. erwächst.

Ein solcher Anspruch steht dem Berechtigten aus § 160 BGB. auch dann nicht zu, wenn der Verpflichtete den Gegenstand schuldhaft beeinträchtigt und später durch seinen Verkauf den Vorkaufsfall zur Entstehung bringt. — Daß der Berechtigte in allen diesen Fällen möglicherweise aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung (§§ 823 ff.) Schadensersatz verlangen kann, kommt hier nicht in Frage; denn dort gelten ganz andere Voraussetzungen. — Aber auch für den Berechtigten stellt das Vorkaufsrecht nicht ein Anwartschaftsrecht im Sinne des bedingten Kaufvertrags dar. Das Vorkaufsrecht ist ein höchst persönliches Recht; anders als das bedingte Recht ist es daher regelmäßig unvererblich[31]) und nicht übertragbar,[31]) kann im Konkurse des Verpflichteten nicht geltend gemacht werden[32]) und ist provisorischer Sicherung nicht fähig.[33]) Alles dieses sind Erscheinungen, die in der Natur des Vorkaufsrechts begründet und u. E. mit der gesicherten Rechtsposition des bedingt Berechtigten unvereinbar sind, daher auch nicht für bloße Ausnahmen erklärt werden können.

Vor Eintritt des Vorkaufsfalls bestehen hinsichtlich des Gegenstandes nicht die geringsten Verpflichtungen und Berechtigungen auf beiden Seiten. Es herrscht völlige Ungebundenheit der Parteien, völlige Unbestimmtheit des Inhalts und völlige Ungewißheit des jemaligen Entstehens des Vorkaufsgeschäfts. Aus diesem Grunde ist auch der Hinweis darauf, daß der Kaufpreis bei einem Kaufe nur *bestimmbar*[34]) zu sein brauche, für das Vorkaufsrecht unbeachtlich. Denn soll letzteres der Fall sein, so muß der Inhalt und Umfang des Kaufvertrags im übrigen fest bestimmt sein. Und das gleiche gilt für den Einwand, daß die Erklärung des Berechtigten, er übe sein Vorkaufsrecht aus, eine Potestativbedingung bilde. Wohl ist mit Rücksicht auf den „Kauf auf Probe" die Zulässigkeit der

---

[31]) § 514 BGB. [32]) § 512.

[33]) Wir werden allerdings unten sehen, daß das Vorkaufsrecht durch Vormerkung gesichert werden kann; aber nicht, weil es ein „bedingter", sondern ein „*künftiger*" Anspruch ist; s. näheres unten S. 56 f.

[34]) Ortmann 3e zu § 504 mit Verweisung auf § 453 BGB.

reinen Wollensbedingung nach dem BGB. nicht zu leugnen.[35]) Aber nicht jede Erklärung, sich künftig nach Belieben binden zu wollen, ist eine Potestativbedingung. Vielmehr muß bereits bei Begründung des Rechtes die Absicht des Erklärenden dahin gehen, „schon jetzt für den Fall eine Verbindlichkeit zu übernehmen, daß man sich künftig hierfür entscheiden werde".[36]) Dies ist der vom Gesetz als rechtsgültig anerkannte Fall des „Kauf auf Probe". Beim Vorkaufsvertrage denkt aber der Berechtigte nicht im entferntesten daran, irgendeine Verpflichtung, den Vorkaufsgegenstand dem Verpflichteten abzunehmen, zu übernehmen. Es ist geradezu eine Fiktion, den Parteien die Absicht und das Bewußtsein zu unterstellen, daß sie schon bei Begründung des Vorkaufsrechts einen Kaufvertrag schließen. Die Erklärung des Berechtigten bei Begründung seines Rechtes bedeutet vielmehr, daß „er einen Abschluß für jetzt ablehnt und ihn in unverbindlicher Weise eventuell für später in Aussicht stellt".[37]) Das ist aber keine Potestativbedingung.

Auch die andere Bedingung, der Vertrag des Verpflichteten mit dem Dritten, ist keine echte Bedingung. Eine Bedingung im Rechtssinne liegt nur dann vor, „wenn durch die Parteiabredung dem Tatbestande des Rechtsgeschäfts eine Beschränkung hinzugefügt wird, durch welche die mit dem Rechtsgeschäfte verbundene Folge von dem Eintritt eines äußeren, nicht in dem Wesen des Rechtsgeschäfts begründeten ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird".[38]) Der Kaufvertrag mit dem Dritten bildet aber nicht eine solche, eine Bedingung darstellende „äußere Nebenbestimmung" des Vorkaufsrechts, sondern gerade ein unentbehrliches Begriffsmerkmal desselben, eine condicio juris; aus ihm erhält der Anspruch des Berechtigten erst Inhalt und Umfang; eliminierte man ihn, so raubte man dem Vorkaufsrechte das Charakteristikum seines Wesens; was übrig bliebe, wäre kein Vorkauf mehr.[39])

---

[35]) So herrschende Meinung; vgl. Krug, Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung (Erl. Diss. 03) 177 ff.; ferner Muskat, Die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten bei dem „Kaufe auf Probe" und bei anderen Verträgen: GruchotsBeitr. 49, insbes. 493.

[36]) Dernburg, Bürg. Recht 1, 508.

[37]) Dernburg, Bürg. Recht a. a. O.

[38]) Kretzschmar, Einführung 1, 205.

[39]) Ebenso Kretzschmar a. a. O. und 2, 352, Jaeger 4, Katz 72, vgl. auch unten S. 51 f.

Schließlich läßt auch das Gesetz selbst u. E. gar keinen Zweifel darüber, daß es die Auffassung des Vorkaufs als eines bedingten Kaufvertrags ablehnt. Im § 504 heißt es nicht „wenn", sondern „sobald" der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat.[40]) Und im § 505 Abs. 2 sagt das Gesetz:

„Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ... zustande".

Ohne vorgefaßte Konstruktionsabsicht gelesen, können diese Worte gar nicht anders verstanden werden, als daß vor der Ausübung des Rechtes noch kein Kauf, auch kein bedingter bestanden hat. Gerade die Analogie des von den Anhängern dieser Theorie herangezogenen „Kaufes auf Probe" bestätigt uns das. Denn hier spricht das Gesetz ausdrücklich davon, daß der Kauf „im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung" geschlossen sei. Hätte der Gesetzgeber auch dem Wieder- und Vorkaufsrechte die gleiche Auffassung zugrunde legen wollen, so hätte er bei der von ihm sonst beliebten Art, in gleichen Fällen sich der gleichen Ausdrucksweise zu bedienen, auch hier die gleiche Redewendung gebraucht.

Hiernach glauben wir die herrschende Meinung als nicht gesetzentsprechend ablehnen zu müssen; daß sie aber auch für die Erkenntnis des dinglichen Vorkaufsrechts und insbesondere dessen praktische Brauchbarkeit von folgenschwerster Wirkung ist, werden wir später sehen.

γ. Offertentheorie.

Die Bedenken, denen die Bedingungstheorie hinsichtlich ihrer inneren Wahrscheinlichkeit unterliegt, gelten im gleichen Umfang auch gegenüber der Offertentheorie. Diese Theorie[41]) findet die Lösung für den durch einseitige Erklärung zustande kommenden Vertrag in der Kombination der Ausübungserklärung des Berechtigten mit dem Begründungsvertrage. Durch diesen werde für den Verpflichteten

---

[40]) Bendix, Vorkauf 601; auch in den Prot. 2, 98 wird die hier bekämpfte Auffassung als „an sich nicht ohne Bedenken" bezeichnet. Gegen diese Auffassung auch Endemann 1, 1015 Anm. 31.

[41]) Vertreten von Endemann 1, 1015, Planck 2 Vorb. 3 zu § 504, Jaeger 93 Nr. 3, Kuhlenbeck 389, Türke-Niedenführ u. Winter 2 Nr. 1 zu § 504, Männer 344 Anm. 4.

ein Kontrahierungszwang auf Abschluß des Vorkaufs begründet; die Erklärung des Berechtigten bilde sodann die Annahme der in dem Vorkaufsvertrag enthaltenen Offerte. Gegen die Theorie spricht, daß zwischen dem Vorkaufsvertrag und der Ausübungserklärung ein dem bedingten Rechte ähnelnder, an Gebundenheit der Parteien ihn aber noch übertreffender Rechtszustand entsteht, der aus den gleichen Gründen wie beim bedingten Rechte der Natur des Vorkaufsrechts nicht entspricht. Er widerspricht aber auch dem Wesen der Offerte. Dem römischen Rechte war die bindende Kraft der Offerte überhaupt unbekannt. Erst das moderne Recht mit seinen erhöhten Ansprüchen an Sicherheit des Verkehrs hat dem Antragsteller die einseitige Gebundenheit an seine Erklärung auferlegt;[42]) und wiederum die gleichen Interessen des Rechtslebens gebieten es, diese Gebundenheit nicht zu lang auszudehnen. Dem hat das Gesetz Rechnung getragen, indem es bestimmt, daß der einem Anwesenden gegenüber erklärte Antrag nur *sofort* angenommen werden kann (§ 147 Abs. 1 BGB.), und daß an einen einem Abwesenden gemachten Antrag der Offerent *nur so lange* gebunden ist, als er den Eingang unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 Abs. 2). Hier wird aber für das Vorkaufsrecht der gesetzliche Fall einer Offerte konstruiert, an die nicht nur der Antragsteller mit seiner Person eventuell für sein ganzes Leben, sondern auch seine Erben gebunden sein sollen.[43]) Und wie soll die Offertentheorie für das dingliche Vorkaufsrecht im Falle seiner wiederholentlichen oder dauernden Bestellung begründet werden?

Schließlich steht die Theorie auch mit dem Gesetze nicht in völligem Einklange. Denn wenn es heißt:

„mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf ... zustande",

so will das Gesetz damit zum Ausdrucke bringen, daß mit der Erklärung des Berechtigten der Kauf überhaupt erst entsteht, nicht wie diese Theorie meint, daß der durch den Vorkaufsvertrag gewissermaßen eingeleitete Vorkauf durch die Erklärung des Berechtigten nur zum Abschlusse gelangt.

---

[42]) Vgl. Crome 1, 397f.

[43]) Ebenso Örtmann 3c zu § 504, Keetmann 21, Burdorf 38.

δ. Vorvertragstheorie.

Die dieser Theorie ähnliche, von Dernburg[44]) im Anschluß an das gemeine Recht vertretene Vorvertragstheorie erblickt in dem Vorkaufsvertrag einen Vorvertrag, läßt diesem sodann in der Erklärung des Berechtigten den Antrag zum Abschlusse des Hauptvertrags folgen und fingiert die Annahme der Offerte nach Analogie des § 894 ZPO. Diese Theorie gibt u. E. überhaupt keine Lösung des hier in Rede stehenden Problems. Denn indem sie die zum Abschluß eines Vertrags erforderliche Akzeptation der Offerte fingiert, erkennt sie an, daß sie eben nicht vorhanden ist, und besagt damit, daß der Vorkauf durch einseitigen Antrag des Berechtigten zustande kommt, quod erat demonstrandum.[45]) Auch die Verweisung Dernburgs auf § 894 ZPO. spricht eher gegen als für seine Theorie. Denn hier bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß das rechtskräftige Urteil die Erklärung des pflichtigen Schuldners ersetzen soll, und diese Fiktion ist dort in den praktischen Zwecken des Prozeßrechts begründet. Beim Vorkaufsrechte fehlt aber eine entsprechende Bestimmung; die Erklärung des Verpflichteten fiktiv zu ersetzen, entspräche daher weder den Regeln der Analogie, noch der sonst jeder Fiktion abholden Tendenz des Gesetzes.[46])

ε. Ermächtigungstheorie.

Um den Vertragsschluß zu retten, hat nun neuerdings Laue[47]) unter der Bezeichnung „Ermächtigungstheorie" eine eigene Ansicht entwickelt. Er faßt den durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten entstehenden Vorkauf als einen auf Grund des § 181 BGB. zustande kommenden „Selbstkontrahierungsvertrag" auf und findet daher das Korrelat zu der für den Vertragsschluß erforderlichen Erklärung des Berechtigten, die Willensäußerung des Verpflichteten, in der Ausübungserklärung selbst enthalten. Es läge daher nahe, so führt er aus, das Vorkaufsrecht „als eine dem Vorkaufsberechtigten erteilte Vollmacht zum Kaufabschlusse für den Verpflichteten durch einseitige Erklärung" zu konstruieren. Dabei würde man jedoch dem Wesen

---

[44]) Dernburg, Bürgerl. Recht 2, 109 insb. 113, wie er anscheinend auch Goldmann-Lilienthal 1, 525 Anm. 21.

[45]) Gegen diese Theorie auch Endemann 1, 1015 Anm. 36, Örtmann 3a zu § 504, Crome 2, 494.

[46]) Die Fiktion lehnen ab auch Bernhöft 57, Burdorf 37, Laue 19.

[47]) Laue 24 ff.

der Vollmacht nicht gerecht werden, da die Vollmacht widerruflich und unvererblich, das Vorkaufsrecht aber unwiderruflich und unabhängig vom Tode des Machtgebers ist; auch handle es sich bei der Vollmacht stets um die Interessen des Vollmachtgebers, das Vorkaufsrecht aber werde stets im Interesse des anderen Teiles eingeräumt. Gerade diese, dem Vorkaufsrecht eigentümlichen Merkmale weise nun eine der Vollmacht ähnliche Machtbefugnis auf: nämlich die Ermächtigung. Diese in den Fällen der §§ 112, 113, 1321, 783, 37, 1358 und 1825 BGB., sowie im DepotG. § 2 zur Anwendung gelangte Rechtsinstitut diene niemals dem Interesse des Machtgebers, sondern dem des Ermächtigten bzw. eines Dritten; sie sei ferner regelmäßig unwiderruflich und werde durch den Tod des Machtgebers nicht berührt. Andererseits sei „der Ermächtigte ähnlich wie ein Bevollmächtigter zur Vornahme von Rechtshandlungen, zu denen ihm die Ermächtigung erteilt ist, an Stelle des eigentlich zu der Vornahme Verpflichteten, meist des Machtgebers berechtigt". Wende man diesen, nun keineswegs auf die gesetzlichen, ausdrücklich hervorgehobenen Fälle beschränkten Ermächtigungsbegriff überall da an, wo bei einem vollmachtsähnlichen Verhältnisse die hervorgehobenen charakteristischen Merkmale gegeben sind, so dürfe man das Vorkaufsrecht charakterisieren als „die auf Ermächtigung beruhende Machtbefugnis, durch einseitige (den Verkaufswillen des Verpflichteten mitumfassende) Erklärung zwischen sich und dem Verpflichteten einen Kaufvertrag abzuschließen".

Wenn überhaupt einer Theorie, so dürfte wohl dieser gegenüber der Vorwurf der Künstelei gerechtfertigt erscheinen. Nicht vornehmlich deshalb, weil Laue die Lösung des Problems in der Konstruktion eines gesetzlichen Selbstkontrahierungsfalls findet, sondern weil er dies allein mit Hilfe eines völlig unklaren Ermächtigungsbegriffs vermag, dessen Vorliegen er beim Mangel sonstigen Anhalts nur aus ganz willkürlich beigelegten Charaktereigenschaften erweisen kann.

Der Ermächtigungsbegriff ist, wie bereits hervorgehoben, dem BGB. als allgemeiner Rechtsbegriff nicht bekannt. Es ist nun natürlich durchaus zulässig, aus vereinzelten Anwendungsfällen eines Wortes allgemeine Prinzipien abzuleiten und mit Hilfe des auf ihnen aufgebauten Rechtsbegriffs bisher ungelöste Probleme zu erklären. Unterzieht man sich jedoch diesem Unternehmen, so muß dabei auch ein Begriff zustande kommen, der gegenüber anderen vom Gesetz

anerkannten Instituten ein Novum darstellt. Ein Begriff, der dieser Selbständigkeit gegenüber bereits bestehenden Tatbeständen entbehrt, der insbesondere geeignet erscheint, zahlreiche unter sich ganz verschiedenartige Rechtsinstitute in sich aufzunehmen, hat für die Dogmatik wenig Wert.[48]) In keinem Falle können aus einem solchen Begriff allgemein geltende charakteristische Merkmale zur Lösung eines einzelnen Rechtsinstituts abgeleitet werden. Dieses Fehlers macht sich u. E. aber der von Laue vertretene Ermächtigungsbegriff schuldig. Im Anschluß an Heilfron[49]) versteht Laue unter Ermächtigung „die Macht zur Vornahme von im Interesse des Ermächtigten bzw. eines Dritten liegenden Rechtshandlungen, deren Vollziehung eigentlich dem Machtgeber obliegen". Daß dabei nicht bloß an ein Vertretungs- bzw. Vollmachtsverhältnis mit der positiven Abweichung gedacht ist, daß hier der Ermächtigte ausschließlich in seinem Interesse handle, ergeben gerade diejenigen Anwendungsfälle des Wortes, aus denen die charakteristischen Eigenschaften: Unwiderruflichkeit und Vererblichkeit, hergeleitet werden: die §§ 112, 113 BGB. Denn der zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses ermächtigte Minderjährige handelt doch wahrlich nicht in Vertretung seines gesetzlichen Vertreters! Ebensowenig kann in den Fällen der §§ 1321, 1358 und 1825 von einem im Interesse des Ermächtigten erteilten Vertretungsverhältnisse die Rede sein. Vielmehr handelt es sich in den meisten dieser Fälle um einen obrigkeitlichen einseitigen Rechtsakt,[50]) für welchen, soweit nicht in jedem einzelnen Falle eine Sonderregelung stattgefunden hat, die allgemeinen Vorschriften über Einwilligung §§ 182 ff. wohl ergänzend Anwendung finden dürften. Faßt man aber die Ermächtigung in diesem weitumfassenden Sinne auf, so unterfallen ihr nicht bloß diejenigen Tatbestände, in denen das Gesetz ausdrücklich das Wort „Ermächtigung" anwendet,[51]) dann liegt auch eine „Ermächtigung" vor, wenn der Eigentümer einen

[48]) Vgl. Hupka 20 f.

[49]) Heilfron, Bürgerl. Recht 1, 633 Anm. 3.

[50]) Von den letztgenannten Fällen wird nur die Ermächtigung der §§ 112 ff. in der Literatur konstruiert; die früher vertretene Auffassung der Ermächtigung als eines im voraus erteilten Generalkonsenses gilt heute wohl mit Recht als überwunden. Ortmann, Allg. Teil Nr. 3a zu § 112, bezeichnet die Ermächtigung als einen „gestaltenden konstitutiven Rechtsakt"; s. die dort Zitierten; im übrigen vgl. Anm. 53 unten.

[51]) Hupka a. a. O. insbes. 21, 22.

anderen „ermächtigt", über eine ihm gehörige Sache im eigenen Namen zu verfügen. Ermächtigung ist dann auch das Recht des Ehemanns zu Verfügungen über das eingebrachte Gut der Ehefrau; ja Ermächtigungen sind schließlich auch die Rechtshandlungen, welche der Mieter, der Pächter, der Entleiher usw. in Ansehung der gemieteten, gepachteten, geliehenen Sache in seinem Interesse vornimmt; denn in allen diesen Fällen nimmt der Ermächtigte Rechtshandlungen vor, die „eigentlich" der Rechtssphäre des Machtgebers, nämlich des Eigentümers, Vermieters usw. angehören, und in allen diesen Fällen tut er dies nicht im Interesse des Machtgebers, sondern in seinem eigenen Interesse. Und die Ermächtigung ist ja nach Laue „überall da anzunehmen, wo bei einem vollmachtsähnlichen Verhältnisse die hervorgehobenen Merkmale vorliegen", also Unwiderruflichkeit und Vererblichkeit. Diese Postulate dürfte aber nicht einmal Laue als essentialia seines Rechtsbegriffs auffassen können. Denn die Doppelermächtigung nach § 783 BGB. bestimmt im § 790 ausdrücklich, daß die Anweisung jederzeit widerruflich ist. Und die nach § 113 erteilte Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters kann von diesem ebenfalls zurückgenommen oder eingeschränkt werden, während selbst die Ermächtigung des § 112, auf welche sich Laue ausdrücklich beruft, widerrufen werden kann, wenn auch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Es ist klar, daß ein so vager Begriff, der die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte zu umfassen vermag, der aber andererseits wieder Fälle als nicht verwendbar ausscheiden muß, in denen das Gesetz den Ausdruck „Ermächtigung" gebraucht — die Anwendungsfälle der Ermächtigung in den §§ 2199, 2209 und 370 BGB. muß auch Laue für seinen Begriff ausschließen[52]) —, für die Lösung des Problems nicht herangezogen werden kann. Will man schon die Ermächtigung als selbständigen Begriff aufstellen, dann muß man ihr auch eine Umgrenzung geben, die derartige Kollisionen vermeidet U. W. wird denn auch die Ermächtigung nicht nur in dem von Heilfron und Laue vertretenen Sinne, sondern für das Recht des BGB. als selbständiger Rechtsbegriff überhaupt verworfen.[53]) So-

[52]) Laue 28.

[53]) Hupka 22 Anm. 2 sagt: Was wir Ermächtigung nennen, fällt unter die Regeln der §§ 182 ff. Hellwig in seinem Kolleg über Allgemeinen Teil des Bürgerl. Rechtes faßt die Ermächtigung als Genehmigung im Sinne des § 185 BGB. auf. Nach Kohler 1, 440 heißt Ermächtigung eine „allgemeine Vollmacht".

weit er in der Wissenschaft Anerkennung gefunden hat, werden die von uns gerügten Fälle ausgeschieden und unter Ermächtigung eine einseitige Willenserklärung verstanden, durch welche der Ermächtigte befugt wird, durch eine im eigenen Namen vorzunehmende Handlung auf die Vermögensverhältnisse des Ermächtigenden einzuwirken.[54]) Dieser Begriff ähnelt der Vollmacht darin, daß auch er die Befugnis gewährt, mit verpflichtender Kraft vertretungsweise für den Ermächtigenden zu handeln; er unterscheidet sich von ihr darin, daß der Ermächtigte nicht im Namen des Machtgebers, sondern im eigenen Namen handelt. Nach Analogie der Vollmacht und der Einwilligung wird für diesen Begriff regelmäßig Widerruflichkeit[54a]) angenommen, und aus gleichem Grunde werden wir die Unvererblichkeit der Ermächtigung verlangen müssen. Ein typisches Beispiel dieser Ermächtigung enthält die Anweisung § 783. Faßt man aber die Ermächtigung selbst in diesem Sinne auf, so fehlen ihr gerade diejenigen Eigenschaften, welche ihr Vorliegen für das Vorkaufsrecht rechtfertigen könnten.

Aber auch für das Vorliegen eines gesetzlichen Falles des Selbstkontrahierens bieten die gesetzlichen Vorschriften über das Vorkaufsrecht keinen Anhalt. Muß überhaupt schon eine solche Konstruktion gegenüber dem eigenartigen Tatbestande des Vorkaufsrechts als überaus gekünstelt angesehen werden, so würde, läge eine solche Vertretungsmacht wirklich in der Absicht des Gesetzgebers, er auch sonst den Verpflichteten durch den Berechtigten als vertreten ansehen, um so mehr, als der ganze Vorgang bei der Entstehung des Vorkaufs sich doch ohne jede aktive Mitwirkung des Verpflichteten abspielt. Das Gesetz hätte dann vielleicht bestimmen können, daß die Ausübungserklärung des Berechtigten wie an den Verpflichteten mit gleicher Wirkung auch an den dritten Käufer gerichtet werden könnte; zum mindesten hätte sich eine solche Gleichstellung beim dinglichen Vorkaufsrecht empfohlen. Statt dessen wird der

---

— Für das gemeine Recht wurde allerdings die Ermächtigung im Heilfronschen Sinne von Becker, System 2 § 106, und Ihering in seinen Jahrbüchern 2, 131 vertreten. Vgl. auch RG. 53, 275 [wie Hellwig] und Endemann 1, 401 Anm. 1: „auf Gesetzesvorschrift beruhende Vertretungsmacht oder Rechtsausübung".

[54]) Enneccerus-Lehmann 1 § 175; Dernburg, Bürgerl. Recht 1, 533 Anm. 7; neuerdings auch Becker, Sprachliches und Sachliches in IheringsJ. 49, 1 ff.

[54a]) Enneccerus-Lehmann a. a. O.

angeblich Vertretene in keiner Beziehung sonst von den Pflichten, die der Vertragsschluß für ihn als Verkäufer herbeiführt, befreit.

Schließlich spricht auch die Tendenz des § 181 BGB. gegen die Annahme eines gesetzlichen Falles des Selbstkontrahierens. Während der E. I BGB. sich für die prinzipielle Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ausgesprochen hatte,[55]) steht der E. II auf einem ganz entgegengesetzten Standpunkt. Er hält die Gründe gegen die Zulässigkeit solcher Rechtsgeschäfte, namentlich mit Rücksicht auf die Gefahr eines Interessenkonflikts für überwiegend und stellt als Regel die Unzulässigkeit der Vornahme derartiger Rechtsgeschäfte auf.[56]) Das BGB. kennt denn auch in der Tat keinen einzigen Fall im Gesetz, in dem das Selbstkontrahieren ausdrücklich festgelegt ist, und selbst in Fällen, in denen von einer Interessenkollision gar keine Rede ist, ist das Selbstkontrahieren ausgeschlossen.[57])

Wir lehnen deshalb auch die Ermächtigungstheorie ab.

Weitere Versuche, den Vorkauf als Vertrag zu konstruieren, sind nicht unternommen worden. Demgegenüber glauben wir auf eine Vertragskonstruktion verzichten und uns jener Theorie anschließen zu sollen, die, dem tatsächlichen Vorgange folgend, die Entstehung des Vorkaufs auf die einseitige Erklärung des Berechtigten zurückführt: der Theorie des einseitigen Rechtsgeschäfts oder, wie wir sie nennen möchten, Gestaltungsrechtstheorie. Stütze und Bestätigung unserer Auffassung soll uns aber dabei — allerdings in einem von ihrem Autor nicht erwarteten Sinne — gerade die letzt bekämpfte Theorie bieten.

ζ. Gestaltungsrechtstheorie.

Wie wir oben ausgeführt haben, leitet Laue bei der Aufstellung seiner Theorie vornehmlich das Bestreben, einen Vertrag zu konstruieren. Das Gesetz, so deduziert er, behandele den Vorkauf als Kauf, das bedeute Vertrag; dieser erfordere aber nach dem Satze: „pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus" Willenseinigung beider Parteien. Der Kauf, den jemand als Vertreter des Verkäufers mit sich auf Grund des § 181 abschließe, sei

---

[55]) Mot. 1, 224; vgl. auch §§ 805_2, 1168, 1326 Abs. 2 E.

[56]) So auch Fischer-Henle Anm. 6 zu § 181.

[57]) Nur ein einziger Fall des Selbstkontrahierens läßt sich nach dem Gesetze denken: § 1409 Satz 2 in Verbindung mit § 1395. Vgl. im übrigen zu der ganzen Regelung Hupka 340.

ein Vertrag: mithin sei der Beweis erbracht, daß der Vorkauf ein Vertrag sei. Diese Deduktion Laues ist ein Trugschluß; sie klammert sich an Worte, ohne die Sache tiefer zu ergründen. Das sogen. Selbstkontrahieren ist kein Vertrag und kann begrifflich kein solcher sein. Mit Laue vertreten auch wir für das heutige Recht den römischen Fundamentalsatz: „pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus" und verlangen für das Zustandekommen eines Vertrags Willensübereinstimmung beider Kontrahenten. Danach ist aber auch das tatsächliche Vorhandensein zweier Willen erforderlich. Zwei Willen müssen tätig werden; gewissermaßen von entgegengesetzten Ausgangspunkten einander nähernd müssen sie schließlich in einem Punkte, dem Vertragsschlusse, zu einem Akkorde zusammenklingen;[58]) erst dann kann von einem Vertrage die Rede sein. Beim sogen. Selbstkontrahieren liegt aber psychologisch nur ein Wille vor; mag dieser Wille auch auf Grund widerstreitender, den Interessen zweier Personen gerecht werdender Erwägungen gefaßt werden,[58]) entscheidend für das Selbstkontrahieren ist immer nur die auf dem Entschluß eines einzigen, nämlich des Vertreters beruhende Willensäußerung. Es kann daher auch nicht gesagt werden, beim Selbstkontrahieren seien die Erfordernisse eines Vertrags insofern erfüllt, als der Wille des Vertreters zwei Willen enthalte, einen eigenen und den des Vertretenen. Das wäre eine undenkbare Fiktion, weil ein Mensch „seine Seele nicht in zwei Hälften teilen, und diese Hälften miteinander verhandeln und kontrahieren lassen kann".[59]) Man kann wohl beispielsweise einen Kauf und Verkaufswillen unterscheiden „in der Weise, wie wir verschiedene Seiten eines und desselben Gegenstandes zur Betrachtung ziehen können, aber wir müssen uns dabei immer vergegenwärtigen, daß diese beiden Seiten unzertrennbar verbunden sind".[60])

Kann hiernach auch von einem Vertrag und einem Vertragsschlusse nicht die Rede sein, so liegen doch immerhin die Wirkungen eines Vertrags vor, und diese Wirkungen werden ausgelöst durch die einseitige Erklärung des Vertreters. Mit deren Ausübung kommt ein Schuldverhältnis zustande, das inhaltlich völlig dem eines Vertrags entspricht, und den Vertretenen, ohne daß er gehandelt hat, in gleicher Weise verpflichtet, als ob er aktiv an dem Zustandekommen mitgewirkt hat. Mit a. W.: das sogen. Selbstkontra-

[58]) Bechmann 281 ff., insbes. 287.
[59]) Bechmann 287. [60]) Rümelin 16.

hieren ist eine einseitige Willenserklärung mit Vertragswirkungen.[61])

Muß man aber dieses Ergebnis als gesetzlich zulässig anerkennen, so entfallen damit zugleich die Bedenken, die man gegen die innere Berechtigung der Gestaltungsrechtslehre geltend gemacht hat. Denn daß eine einseitige Willenserklärung vertragsähnliche Rechtsbeziehungen hervorzurufen vermag, das ist gerade das Beweisthema, das die Gestaltungsrechtslehre aus der Beobachtung gleichartiger Rechtserscheinungen zu erweisen unternimmt.

Die Lehre von den Gestaltungsrechten oder „Rechten des rechtlichen Könnens", wie Zitelmann diese „Rechte", die auch im Gesetze nur als solche bezeichnet sind, nennt,[62]) umfaßt eine Gruppe von Privatrechten, die von dem Typus aller übrigen Rechte in zwiefacher Hinsicht sich unterscheiden. Einmal stellen diese Rechte (von denen wir zur Veranschaulichung als Beispiele aus dem Obligationsrechte nur das Aufrechnungs-, Anfechtungs-, Rücktritts-, Kündigungsrecht nennen möchten)[63]) inhaltlich Berechtigungen dar, denen nicht unmittelbare, gegenwärtige Verpflichtungen eines Geschäftsgegners zu irgendwelchen Leistungen gegenüberstehen, die vielmehr dem Berechtigten nur eine durch das Vorliegen gewisser Tatumstände geschaffene Rechtsmöglichkeit, Rechtsmacht gewähren, rechtliche Wirkungen mit verpflichtender Kraft für andere zu begründen.

Die zweite Eigentümlichkeit dieser Rechte besteht darin, daß diese rechtlichen Wirkungen hervorgerufen werden durch die einseitige Erklärung des Berechtigten.

Seckel drückt die Wesensart dieser Rechte dahin aus, daß sie „durch privatgeschäftliche Erklärung, sei es mit, sei es ohne Hinzutreten eines Staatsakts ausgeübt werden, sodann, daß ihr Inhalt nicht ist eine präsente, unmittelbare Herrschaft über ein Objekt, über Person oder Sache, über Sondergut oder Immaterialgut, sondern vielmehr die Macht, eines der Herrschaftsrechte (so soll die Gegenkategorie bezeichnet werden) oder sonstige Rechtsbeziehung einseitig

---

[61]) Ebenso außer Bechmann und Rümelin noch Hupka 276, Muskat, ZHR. 33, 507. A. M. (indem sie an der Fiktion des Vertrags festhalten) Römer, ZHR. 19, 67 und RG. 6, 11; sowie Ortmann, Allg. Teil Nr. 4b zu § 181; Cosack 1 § 68_1.

[62]) Seckel 205 ff., Zitelmann 32 ff., Hellwig 2 f.

[63]) Vgl. die Zusammenstellung bei Seckel a. a. O. 207 Anm. 2.

zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, mit einem Worte zu gestalten".[64])

Während also alle sonstigen Rechte die ihnen unterworfenen Objekte zugleich auch in eine unmittelbare, gegenwärtige Abhängigkeit zu dem Berechtigten bringen, während insbesondere die obligatorischen Rechte stets zugleich das Recht involvieren, von einem dazu Verpflichteten eine Leistung zu verlangen, bilden die Gestaltungsrechte zu jenen höchstens erst die Vorstufe. Der Gestaltungsberechtigte hat keine Ansprüche (im technischen Sinne), ihm ist zunächst niemand zu einer Leistung verpflichtet. Der Gestaltungsberechtigte hat nur die Rechtsmacht, Ansprüche zu begründen. Diese Rechtsmacht wird ihm geschaffen durch den Eintritt gewisser Tatumstände. Solange diese Tatumstände, die als Charaktermerkmale der einzelnen Rechte verschieden sind, nicht existieren, kann von einem Gestaltungsrecht überhaupt noch nicht die Rede sein. Ein Anfechtungsrecht ist erst dann vorliegend, wenn Anfechtungsgründe vorhanden sind; ein Rücktritts- und Aufrechungsrecht erst dann, wenn die Voraussetzungen für den Rücktritt und die Aufrechnung gegeben sind. Denn das Gestaltungsrecht ist ja nicht ein Recht, das jedermann gegen jedermann zusteht, sondern ein Vorrecht, schafft eine Rechtslage, bei welcher „durch konkrete Tatsachen gerade für diese einzelne Person im Unterschiede gegen andere eine besondere Möglichkeit erwachsen ist, eine bestimmte Wirkung herbeizuführen, u. z. eine Wirkung, an der sie ein Interesse hat".[65]) Deshalb ist das Recht, Offerten zu machen, Testament zu errichten, Stiftungen zu gründen, kein Gestaltungsrecht.[66])

Liegen nun aber auch diese besonderen Tatumstände vor, so wird dadurch an sich an der bisherigen Rechtslage nichts geändert. Durch ihren Eintritt werden keinerlei Rechtsbeziehungen geknüpft. Der Anfechtungsgegner kann auch beim Vorliegen der Anfechtungsgründe zunächst noch über den Gegenstand des der Anfechtung ausgesetzten Vertrags ungehindert ohne rechtliche Nachteile für sich verfügen; ebenso ungehindert wie er vor dem Eintritte der Anfechtungsgründe darüber verfügen durfte. In der Person des Anfechtungsberechtigten dagegen hat sich durch den Eintritt der Anfechtungsgründe die Situation völlig verändert. Er hat nunmehr die Rechtsmacht erlangt, durch sein Machtwort eine völlig veränderte,

[64]) Seckel a. a. O. 208. [65]) Zitelmann a. a. O. 44.
[66]) Ebenso Seckel 211.

seinen Interessen dienende Rechtslage hervorzurufen. Mit der Erklärung des Anfechtungsberechtigten: ich fechte den Vertrag an, mit der Erklärung des Rücktrittsberechtigten: ich trete zurück, wird das Gestaltungsrecht zu einem *Anspruch* auf Auflösung bzw. Rückgängigmachung des Vertrags und der Gegenkontrahent zu einem *Verpflichteten*, der mitzuwirken hat an der Herstellung des die Lösung des angefochtenen Vertrags bildenden Schuldverhältnisses. Ob der Gestaltungsberechtigte eine solche *rechtsgestaltende* Erklärung abgeben will, ist völlig in sein Belieben gestellt. Macht er von seinem Rechte keinen Gebrauch, so ist nichts entstanden, wie nichts zuvor zwischen ihm und dem Gestaltungsgegner bestanden hat. Übt er aber das Recht aus, so entsteht die oben bezeichnete Rechtswirkung. Aber diese Rechtswirkungen stellen keinen Vertrag dar, obwohl sie inhaltlich, indem sie korrespondierende Rechte und Pflichten auf beiden Seiten begründen, Vertragsnatur tragen. Sie sind aber deshalb kein Vertrag, weil sie sich eben stets vollziehen allein vermöge der Willensäußerung des Berechtigten, ohne und vielfach wider den Willen des Gegenkontrahenten. Die Wirkung bei dem Gestaltungsrecht ist die gleiche wie bei dem sog. Selbstkontrahieren: eine einseitige Willenserklärung mit vertraglichen Wirkungen.

Man hat nun wohl gegen diese Theorie geltend gemacht, daß die gleichen Rechtswirkungen auch durch Anfügung einer Wollensbedingung hervorgerufen werden können, und daß daher viele der sog. Gestaltungsrechte in der Weise rechtlich zu erklären seien, daß die ihnen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte nur die Bedingung: si volam des Berechtigten enthalten. Die Rechtslage bei beiden Rechtsverhältnissen ist jedoch eine grundverschiedene. Bei dem Gestaltungsrechte liegt das konstitutive Moment in der Erklärung des Berechtigten; durch deren Ausübung *entsteht* erst das Schuldverhältnis, vorher besteht rechtlich nichts weiter als eine besonders geartete Rechtshoffnung des Berechtigten. Bei dem bedingten Rechtsgeschäft aber ruht, wie wir oben gezeigt haben, das Schwergewicht in dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte.[67]) Schon vor der Erklärung des bedingt Berechtigten besteht ein, wenn auch anders gestaltetes, aber die Parteien verpflichtendes Rechtsverhältnis, in welchem das künftige Recht des bedingt Berechtigten gewissermaßen als latent vorgeahnt wird. Die Wirkungen bei beiden Rechtsverhältnissen sind die gleichen, die Entstehungsgründe ver-

[67]) Ebenso Seckel 219.

schiedene. So hat man denn auch heute diesen Unterschied meist erkannt und bei einigen Rechten deren Natur als Gestaltungsrecht anerkannt.[68]) In diesem Sinne ist, sprachlich vielleicht zutreffender, das Rücktrittsrecht vereinzelt als „Ermächtigung" bezeichnet worden.[69])

Das Vorkaufsrecht weist nun u. E. diese den Gestaltungsrechten gemeinsamen Eigenschaften in allen Punkten auf. Durch den hinsichtlich des Vorkaufsgegenstandes erfolgten Kaufabschluß des Verpflichteten mit einem Dritten erwächst dem Berechtigten die mit verpflichtender Wirkung für den Vorkaufspflichtigen ausgestattete Befugnis, erklären zu können, daß der Vorkaufspflichtige gehalten sein soll, den Gegenstand ihm käuflich zu überlassen. Wie also der Kündigende (nach Eintritt gewisser Voraussetzungen) durch seine Kündigungserklärung ein Schuldverhältnis zu lösen berechtigt ist, so gewährt umgekehrt das Vorkaufsrecht dem Berechtigten die (durch Abschluß eines Kaufvertrags geschaffene) Machtbefugnis, eine für den Verpflichteten bindende Erklärung dahin abzugeben, daß Rechtsbeziehungen, wie sie zwischen dem Verpflichteten und einem dritten Käufer bestehen, sich auch auf ihn und zwar vorzugsweise auf ihn erstrecken sollen. Dieses durch einseitige Erklärung entstehende Schuldverhältnis ist kein Vertrag, da es ihm an dem dazu erforderlichen Begriffsmerkmale der Willenseinigung der Kontrahenten fehlt. Aber indem das Vorkaufsrecht seiner Natur nach zur Entstehung des zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten bestehenden Kaufvertrags bedarf, und indem es diesen Vertrag zum Inhalte der zwischen ihm und dem Verpflichteten geschaffenen Obligation macht, kommt, wenn auch kein Vertrag, so doch ein Schuldverhältnis zustande, das „nach Analogie eines Kaufvertrags zu beurteilen ist".[70]) Damit erhält der Berechtige sämtliche Rechte und Pflichten eines Käufers, der

---

[68]) So Örtmann, Exkurs 1, 595 (Allg. Teil) u. Vorb. zu § 142 I a; Biermann, BürgerlR. 105 ff.; Dernburg, BürgerlR., 1, 55 § 18; ähnlich Enneccerus 1, 88.

[69]) So Örtmann, Vorb. zu § 346 Nr. 3: „Rücktrittsrecht ist eine Ermächtigung oder nach Zitelmann Recht des rechtlichen Könnens". Vgl. dazu Laue 29: „So hat man vielleicht weniger auf Grund ähnlicher Erwägungen als im richtigen Rechtsgefühle das dem Vorkaufsrechte verwandte Rücktrittsrecht bereits vereinzelt als Ermächtigung konstruiert." (!!) Wie Örtmann anscheinend auch Türke Nr. 1 zu § 346.

[70]) Kipp in Windscheid-Kipp 2, 644 (Nr. 4) für das Wiederkaufsrecht; ähnlich für das Vorkaufsrecht 648 (Nr. 3a); Schollmeyer 44.

Verpflichtete solche, wie wenn er Verkäufer gegenüber dem Berechtigten wäre. Das Schuldverhältnis entspricht *inhaltlich* völlig dem eines Kaufvertrags. In diesem Sinne ist auch nur das Gesetz zu verstehen, wenn es im § 505 Abs. 2 bestimmt:

Der *Kauf* kommt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande.

Durch diese Ausdrucksweise wollte es nur den Inhalt des Schuldverhältnisses kennzeichnen und zum Ausdrucke bringen, daß auf den Vorkauf die Vorschriften über den Kauf vollinhaltlich Anwendung finden sollen. Denn daß der Gesetzgeber durch diese Fassung sich nicht auch zugleich hinsichtlich der Entstehung des Vorkaufsrechts festlegen wollte, beweist ja seine von uns wiedergegebene Stellungnahme[71]) in den Motiven.

Liegt nach unserer Auffassung somit das Entstehungsmoment des Vorkaufsrechts allein in der auf Grund des Kaufabschlusses abgegebenen Erklärung des Berechtigten, so wird dadurch der Vertrag, durch welchen das Vorkaufsrecht eingeräumt wird, natürlich nicht bedeutungslos oder gar überflüssig. Denn das Vorkaufsrecht ist ja wie jedes Gestaltungsrecht ein Vorrecht, „ein Mehreres gegenüber dem, was alle oder viele können".[72]) Die dem Vorkaufsberechtigten zustehende Erklärungsbefugnis wird durch den Einräumungsvertrag geschaffen; indem dieser für den einen die Vorbedingung für seine Erklärungsbefugnis begründet, und den anderen verpflichtet, die rechtsgestaltende Wirkung der Erklärung im gegebenen Augenblick anzuerkennen, schafft er erst einen „Vorkaufsberechtigten" und „Vorkaufsverpflichteten". Aber die durch diesen Vertrag geschaffene Rechtslage ist so wenig die eines schon hinsichtlich des Vorkaufsgegenstandes bedingt geschlossenen Kaufvertrags, so wenig das durch ihn begründete Vorkaufsrecht schon einen Anspruch[73]) darstellt. Ein solcher wird er erst durch die Ausübung des Berechtigten; damit erlischt aber wie jedes Gestaltungsrecht das Vorkaufsrecht.[74])

Die Gestaltungsrechtstheorie läßt die Entstehung eines Vorkaufsrechts durch Vermächtnis begrifflich nicht zu. Denn gemäß § 2174 BGB. begründet das Vermächtnis für den Bedachten das

---

[71]) S. oben S. 5 zu N. 16.

[72]) Seckel 211.

[73]) So Schollmeyer (1) 25 (anders jetzt); Immerwahr 283.

[74]) Seckel a. a. O. 229.

Recht, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern. Das Vermächtnis erzeugt mithin Ansprüche im Sinne des § 194 BGB. Da das Gestaltungsrecht kein solcher ist, so kann es auch nicht durch Vermächtnis entstehen.[75]) Allein daraus kann kein zwingender Gegenbeweis für die Unrichtigkeit unserer Theorie hergeleitet werden. Denn auch die anderen Konstruktionen vermögen eine plausible Erklärung für das von ihnen behauptete letztwillig begründete Vorkaufsrecht nicht zu geben und müßten folgerichtig zu dem gleichen Resultate wie wir gelangen. Dies gibt auch Örtmann für die von ihm vertretene Theorie des bedingten Kaufvertrags unumwunden zu, wenn er sagt: „Bedeutsame Bedenken [gegen diese Theorie] ergeben die Möglichkeiten letztwilliger oder gesetzlicher Vorkaufsrechte; sie erscheinen mir schwerwiegend genug, um mich an der Richtigkeit meiner Konstruktion einigermaßen zweifeln zu lassen".[76]) Und ebenso muß die Offerten-, Vorvertrags- und Ermächtigungstheorie die Möglichkeit eines letztwilligen Vorkaufsrechts verneinen.[77]) Was aber Örtmann trotz der gegen seine Konstruktion bestehenden Bedenken für diese geltend macht, glauben auch wir für die unsrige mit der gleichen Berechtigung in Anspruch nehmen zu können: „Daß sie (nämlich Konstruktion) für die außervertragsmäßigen Vorkaufsrechte nicht paßt, ist kein unbedingter zwingender Beweis gegen ihre Verwertbarkeit bei den weitaus häufigeren vertragsmäßigen".[78])

Fassen wir hiernach die von uns entwickelte Auffassung in eine kurze Definition zusammen, so konstruieren wir das Vorkaufsrecht als

„die Machtbefugnis des Vorkaufsberechtigten, durch einseitige, an den Vorkaufspflichtigen adressierte Erklärung zwischen sich und dem Vorkaufspflichtigen eine Kaufobligation unter den Kaufbedingungen zu begründen, welche der Vorkaufspflichtige mit einem Dritten vereinbart hat".[79])

[75]) Ebenso Seckel 218.

[76]) Örtmann Bem. zu § 504 Nr. 3e; a. M. Seckel 218 und die Anhänger dieser Theorie.

[77]) A. M. die Vertreter der genannten Theorien; wie oben auch Schreiner 37.

[78]) Örtmann a. a. O.

[79]) So auch: Binder 3, 118 Anm. 107: nicht „Kaufvertrag", sondern „Kaufobligation"; Schollmeyer 42: „Einlösungsrecht"; Cosack 1, 460: „Vorkaufsrecht ist eine einseitige Rechtshandlung"; Biermann, Bürgerl. R. 1, 106/7, Kipp a. a. O. 2, 648; Predari 443; Burdorf 40; Katz 30; Keetmann 23; für das verwandte Wiederkaufsrecht Schreiner 50; Kretzschmar 2, 351; Oberneck 602/3.

2. Das dingliche Vorkaufsrecht.

a) Die praktischen Hauptunterschiede zwischen dem dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechte.

Das dingliche Vorkaufsrecht unterscheidet sich nach der praktischen Richtung hin in drei wesentlichen Punkten vom persönlichen Vorkaufsrechte:

1. Einmal ist seine Bestellung ausschließlich auf Grundstücke und das diesen gleichgestellte Erbbaurecht beschränkt (§ 1094 BGB.); das persönliche Vorkaufsrecht kann dagegen an allen Arten von Gegenständen begründet werden.

2. Sodann kann das dingliche Vorkaufsrecht für mehrere und alle Verkaufsfälle bestellt werden, erweitert also gegenüber dem persönlichen Vorkaufsrechte, das nur für einen Verkaufsfall begründet werden kann, den Kreis der Vorkaufspflichtigen, indem es nicht nur den ursprünglichen Besteller, sondern auch dessen Rechtsnachfolger verpflichtet (§ 1097).

3. Das dingliche Vorkaufsrecht reicht endlich an dritte Erwerber heran; dieser Punkt ist das Hauptkriterium.

Das persönliche Vorkaufsrecht begründet als obligatorisches Recht nur Verbindlichkeiten zwischen dem Vorkaufspflichtigen und Vorkaufsberechtigten. Veräußert der Vorkaufspflichtige den Gegenstand des Vorkaufs unter Verletzung des Vorkaufsrechts, so haftet nur er dem Berechtigten auf Schadensersatz, und dieser Schadensersatz erschöpft sich, da er den Gegenstand nicht mehr hat, in Geldersatz. Gegen den dritten Käufer hat der Berechtigte keinerlei Ansprüche, insbesondere keinen Anspruch auf Herausgabe der Sache. Eine Haftung des Dritten ließe sich nur unter gewissen Bedingungen aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlungen begründen, d. h. also gemäß § 823 Abs. 1 BGB., wenn der dritte Käufer in Kenntnis des bestehenden Vorkaufsrechts den Gegenstand erworben und dadurch vorsätzlich oder fahrlässig dem Vorkaufsberechtigten Schaden zugefügt hat. Allerdings ist auch dies nicht unbestritten, da nach herrschender Meinung unter „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 nur absolute Rechte verstanden werden,[80]) und es zweifel-

[80]) Die in dieser Beziehung maßgebend gewordene Reichsgerichtsentscheidung (57, 356) vom 29. Februar 1902 wendet sich gegen die Anwendung des § 823 auf alle Arten von Rechten, insbes. Forderungsrechten, und versteht unter „sonstiges Recht" nur ein solches, „das mit allen den vorher genannten Rechtsgütern das Gemeinsame hat, daß es von jedermann beachtet werden muß; es kämen also nur absolute Rechte in Betracht".

haft ist, ob das Vorkaufsrecht als ein solches aufzufassen ist. Indes gerade die von uns vertretene Auffassung von dem Vorkaufsrecht als einem Gestaltungsrechte dürfte der Anwendung des § 823 Abs. 1 keinerlei Schwierigkeiten entgegensetzen. Denn das Charakteristikum der absoluten Rechte besteht darin, daß sie stets nur auf ein Unterlassen gehen.[81]) Das trifft aber bei den Gestaltungsrechten zu; die Gestaltungsrechte verpflichten, wie wir oben gezeigt, niemanden dazu, irgend etwas zu tun, sondern nur dazu, störende Handlungen zu unterlassen. Ein Verpflichteter steht dem Gestaltungsberechtigten nicht gegenüber. So hat denn auch bereits das Reichsgericht sich für die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 auf Gestaltungsrechte ausgesprochen.[82]) Hiernach würde also unter den oben angegebenen Voraussetzungen der Vorkaufsberechtigte von dem schlechtgläubigen dritten Käufer Schadensersatz, und da dieser gemäß § 249 BGB. primär auf Restitution geht, Herausgabe der Sache verlangen können.[83]) Praktisch dürfte indes auch durch diese Bestimmung der Berechtigte nur in den seltensten Fällen in die Lage versetzt sein, den Gegenstand zu erlangen. Denn einmal wird ihm wohl nur ausnahmsweise der Beweis gelingen, daß der dritte Käufer Kenntnis von seinem Vorkaufsrechte gehabt hat; sodann wäre er selbst bei Schlechtgläubigkeit des Dritten auch wieder nur auf den Gelderſatz angewiesen, sobald der Käufer die Sache an einen Gutgläubigen weiterveräußert hat.

Das dingliche Vorkaufsrecht zielt nun darauf ab, sofern es sich um ein Grundstück handelt, dem Vorkaufsberechtigten für den Fall, daß er von seinem Rechte Gebrauch machen will, stets den Erwerb

---

[81]) Eltzbacher 270.

[82]) In der Entsch. des RG. 50, 195 heißt es: „Der dem Kläger zugegangene Vertragsantrag begründet für ihn die rechtliche Befugnis, durch Annahme des Antrags den Lotterievertrag zum Abschlusse zu bringen, und damit den Anspruch aus dem Vertrage zu erwerben. Hat der Beklagte es vorsätzlich oder fahrlässig verursacht, daß der Kläger von dieser rechtlichen Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, so fällt ihm eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 zur Last". Die Vertragsofferte ist ein Gestaltungsrecht (vgl. Seckel 207 Anm. 2).

[83]) Zum gleichen Resultate gelangt die Offertentheorie. Auf Grund der anderen von uns bekämpften Theorien wird der Vorkaufsberechtigte gegen den dritten Käufer nur aus § 826 BGB. vorgehen können, also nur, wenn dieser das Grundstück ausschließlich zum Zwecke böswilligen Rechtsmißbrauchs erworben hat; so auch Kuhlenbeck, Wiederkauf und Vorkauf in JW. 07, 389; a. M. Cosack 1 467 (9a).

des Grundstücks zu sichern. Die Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechts macht, gleich der des obligatorischen, einige Schwierigkeiten.

b) Die juristische Natur des dinglichen Vorkaufsrechts.

Den 6. Abschnitt des Sachenrechts einleitend bestimmt § 1094 Abs. 1 BGB.:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist".

Da im Sachenrechte der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht gilt, das Gesetz vielmehr nur eine geschlossene Zahl begrenzter dinglicher Rechte kennt, deren Inhalt es zwingend regelt, so ist durch diese Vorschrift das dingliche Vorkaufsrecht nach einer Richtung hin bereits inhaltlich festgelegt. Das dingliche Vorkaufsrecht begründet hiernach wie jedes dingliche Recht eine unmittelbare Beziehung des Vorkaufsberechtigten zu dem Grundstücke selbst und unterwirft dieses einer rechtlichen Herrschaftsbetätigung durch den Berechtigten. Diese Rechtsmacht besteht nicht in einer präsenten körperlichen Einwirkung auf das Grundstück, sondern in einer Gebundenheit desselben in der Richtung, „daß der Berechtigte bei einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse das ganze Gut erwirbt und sich aneignen kann",[84]) also in einer durch den Verkauf des Grundstücks zur Entstehung gelangenden Erwerbsmacht. Demzufolge erwirbt der Berechtigte schon jetzt ein unentziehbares Recht an der Sache selbst, welches er verfolgen kann, in wessen Hand auch immer das belastete Grundstück sich befindet.[85]) Indem jeder, der ein ihm nachstehendes Recht erwirbt, mit dem Vorkaufsrechte rechnen muß, wirkt es somit absolut, also nicht bloß wie beim persönlichen Vorkaufsrechte gegen den Verpflichteten als solchen, sondern auch gegen den dritten Käufer.

So einfach hiernach die Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechts als einer Grundstücksbelastung erscheint, so entstehen doch nunmehr Schwierigkeiten durch die Vorschrift des § 1098, welche den Inhalt dieser Belastung näher bestimmt. § 1098 BGB. lautet:

„Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 505 bis 514 ....."

„Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer

[84]) Crome 3, 564. [85]) Immerwahr 283.

Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums."

Hiernach muß die Frage aufgeworfen werden, ob das dingliche Vorkaufsrecht überhaupt noch als ein rein dingliches Recht anzusprechen ist, oder ob es nicht vielmehr, indem es für seine Beziehungen zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Vorkaufspflichtigen das obligatorische Vorkaufsrecht zum Inhalte nimmt und diesem obligatorischen Rechte Dritten gegenüber die Wirkungen einer Vormerkung beilegt, lediglich ein mit dinglichen Wirkungen ausgestattetes obligatorisches Vorkaufsrecht, m. a. W. eine verdinglichte Obligation darstellt.

Das Gesetz gibt uns über diese Frage keine Auskunft; wir sind somit auf allgemeine und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes resultierende Erwägungen angewiesen.

α. Die obligatorische Seite des dinglichen Vorkaufsrechts.

αα. Die Auffassung der Motive; Kritik derselben (Immerwahr).

Beredter als beim obligatorischen Vorkaufsrechte hat der Gesetzgeber beim dinglichen sich über die Konstruktionsfrage ausgelassen und da die Änderungen, die der E. II gegenüber dem E. I erfahren, rein redaktioneller Natur sind, so sind wir befugt, die Motive auch zum Verständnisse des Gesetzes noch heranzuziehen. Hinsichtlich der Absichten des Gesetzgebers führen diese nun aus:

„Der Entwurf verfolgt den Zweck, das obligatorische Vorkaufsrecht dinglich zu sichern. Ein von dem obligatorischen Vorkaufsrecht unabhängiges, gegen den dritten Erwerber wirksames Retraktrecht würde weiter gehen, als der Zweck erheischt, insofern das Recht gegen den Erwerber von den Einreden nicht getroffen werden würde, welche in dem Schuldverhältnisse zwischen dem vorkaufspflichtigen Veräußerer und dem Berechtigten sich gründen. Andererseits würde bei einer solchen Konstruktion der dinglich Berechtigte als solcher keine Ansprüche gegen den Veräußerer haben, welcher unter Nichtbeachtung des dinglichen Rechtes verkauft und veräußert hat, mithin von diesem nicht Schadloshaltung verlangen können, wenn die Nichtbeachtung seines Rechtes z. B. bei inzwischen eingetretener Verschlechterung des Grundstücks sich als schadenbringend erweisen sollte" (Mot. 3, 450).

Hier wird also klar und unzweideutig die Absicht des Gesetzgebers dahin präzisiert, das dingliche Vorkaufsrecht inhaltlich zu

einem dinglich gesicherten obligatorischen Vorkaufsrecht auszugestalten. Demzufolge führen denn auch die Mot. aus, daß durch die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts einerseits zwischem dem Eigentümer und dem Berechtigten das obligatorische Vorkaufsrecht hervorgerufen, andererseits für die Realisierung aus dem perfekten Vorkaufe mit dem Grundstücke gehaftet wird, auch wenn dieses in die Hände des Käufers oder eines weiteren Rechtsnachfolgers desselben gelangt ist (Mot. 3, 454, 457). Der Verpflichtete haftet mithin sowohl der dinglichen, wie der persönlichen Klage, während dem dritten Erwerber gegenüber nur die dingliche Haftung mit dem Grundstück eintritt. „Die persönliche Haftung bleibt bestehen und zu derselben tritt sichernd die akzessorische begrenzte Haftung des Erwerbers mit dem Grundstücke" (Mot. 3, 456). Dabei kann der in Anspruch genommene Dritte alle Einreden gegen den Berechtigten geltend machen, die dem Verpflichteten gegen den Berechtigten zustehen, während eine persönliche Haftung des dritten Erwerbers ausgeschlossen ist. Wird andererseits dem durch die Ausübung seines Rechtes entstehenden Anspruche des Vorkaufsberechtigten vom Verpflichteten genügt, so tritt im Verhältnisse zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten der dingliche Charakter überhaupt nicht hervor (454).

Insoweit ist die Auffassung der Motive unbedenklich. Nun sagen sie aber weiter: ein Rangkonflikt zwischen dem eingetragenen Vorkaufsrecht und anderen das Grundstück belastenden Rechten sei ausgeschlossen, „da das dingliche Vorkaufsrecht dem Berechtigten nicht eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen und wegen des Anspruchs auf eine solche Leistung dingliche Sicherheit gewähren soll" (451). Und ebenso wird die Vorausbestimmung eines festen Vorkaufspreises um deswillen abgelehnt, weil „doch das Vorkaufsrecht nicht den Zweck hat, dem Berechtigten aus dem Vermögen des Verpflichteten etwas zuzuwenden" (453).

Obwohl also das dingliche Vorkaufsrecht stets zugleich eine Obligation zwischen dem vorkaufspflichtigen Eigentümer und dem Berechtigten begründen und der Verpflichtete für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit auch persönlich haften soll, soll andererseits das dingliche Vorkaufsrecht keinen dinglich gesicherten Anspruch auf eine Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen, m. a. W. dem Berechtigten für den Fall schuldhafter Nichterfüllung des Verpflichteten einen Anspruch auf Schadensersatz gegen diesen

nicht gewähren. Daß eine solche Auffassung mit der Konstruktion als verdinglichte Obligation unvereinbar ist, und daß sie sogar in offenbarem Widerspruche steht mit jenen von uns wiedergegebenen Auslassungen der Motive, in denen selbst von einer durch das dingliche Vorkaufsrecht dem Berechtigten zu gewährenden „Schadloshaltung bei inzwischen eingetretener Verschlechterung des Grundstücks" die Rede ist, hat bereits Immerwahr[86]) überzeugend nachgewiesen. Die in dem letzten Satze der Motive niedergelegte Auffassung würde aber aber auch, selbst wenn man ihr folgen wollte, der Tendenz des Gesetzes ganz und gar nicht entsprechen, welches den dinglich Berechtigten zweifellos besser, zum mindesten aber nicht schlechter stellen wollte, als den nur obligatorisch Berechtigten. Denn mit der Haftung des Grundstücks, an welches sich hiernach der Berechtigte allein noch halten könnte, ist diesem dann nicht gedient, wenn man z. B. an den Immerwahrschen[87]) Fall denkt, daß der Berechtigte, um zu dem Grundstücke zu gelangen, gegen den widerstrebenden dritten Erwerber erst den Klageweg auf Herausgabe des Grundstücks zu beschreiten und bei Zahlungsunfähigkeit des Dritten die Prozeßkosten selbst zu tragen hätte; oder wenn man die praktisch allerdings höchst seltene, aber immerhin vorkommende Möglichkeit ins Auge faßt, daß der Verpflichtete nach Eintritt des Vorkaufsfalls den Untergang des Grundstücks schuldhaft verursacht hat. Daß in diesen Fällen der nur obligatorisch Berechtigte vom nur obligatorisch Verpflichteten den erlittenen Schaden stets als Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. nicht vertragsmäßiger Erfüllung verlangen,[87a]) mithin eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten sich verschaffen kann, unterliegt keinem Bedenken. Aber die Motive ziehen ja selbst hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des dinglichen Vorkaufsrechts die Analogie der Reallast heran, und diese Analogie wird von ihnen konsequent durchgeführt.[88]) Bei der Reallast haftet jedoch schon nach dem Entwurfe der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen nicht bloß dinglich mit dem Grundstücke, sondern auch persönlich mit seinem Vermögen.[89]) Die Analogie der

---

[86]) Immerwahr 285 f. [87]) Immerwahr a. a. O.

[87a]) Natürlich nur, wenn eine Klage gegen den dritten Käufer möglich war, also unter den Voraussetzungen des Tatbestandes des § 823 bzw. § 826 BGB.

[88]) Mot. 3, 450, 456. [89]) E. § 1056; § 1108 BGB.

sonst maßgeblichen Reallast würde also dazu führen, für das dingliche Vorkaufsrecht auch eine persönliche Haftung des verpflichteten Eigentümers anzunehmen.

Könnte hiernach noch ein Zweifel bestehen, daß die hier bekämpfte Auffassung etwa nur als eine nicht völlig überdachte Entgleisung des Gesetzgebers aufzufassen ist, so wird er u. E. vollends durch den Entstehungsgang der Gesetzesbestimmungen selbst beseitigt.

§ 954 E. bestimmte:

„Ist ein Grundstück mit einem Vorkaufsrechte belastet, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und demjenigen, welcher das Grundstück verkauft (Vorkaufspflichtigen), nach den Vorschriften der §§ 481—487; das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Dritten, an welchen das Grundstück veräußert ist, nach den §§ 955—959."

In den §§ 955—960 wurde sodann das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und Dritten selbständig geregelt, wobei es im § 955 von dem obligatorischen Schuldverhältnisse zwischen Berechtigten und Verpflichteten insofern abhängig gemacht wurde, als sich der in Anspruch genommene Dritte aller dem Verpflichteten gegen den Berechtigten zustehenden Einreden bedienen durfte.

Bei der zweiten Lesung wurde nun der Satz 2 des § 954 E. durch die zum Gesetze gewordene Bestimmung des Abs. 2 des § 1098 ersetzt, in welchem dem dinglichen Vorkaufsrechte die Wirkung einer Vormerkung beigelegt wurde. Aus welchen Gründen dies geschehen, ist aus den Protokollen[90]) nicht direkt ersichtlich; aus dem Zusammenhange der Stelle ergibt sich aber, daß dafür nur redaktionelle Gründe entscheidend gewesen sind. Der Gesetzgeber war also der Meinung, daß dadurch an der Natur des Rechtes selbst nichts geändert würde, wie ja auch in den gesamten Protokollen sich nichts findet, was auf die Absicht einer Konstruktionsänderung schließen ließe. Die Vormerkung ist nun aber r. A. n. kein dingliches Recht,[91]) sondern nur ein mit dinglichen Wirkungen ausgestatteter grundbuch-

---

[90]) Prot. 3, 757 f.

[91]) Die Ansicht Fuchs' (Bem. zu § 883 seines Kommentars), der sie für eine wirkliche dingliche Belastung erklärt, welche ein bedingtes dingliches Recht am Grundstücke begründet, und die noch weiter gehende Othmers (67), welcher der Vormerkung mit einer Ausnahme (§ 891 BGB.) die gleichen Wirkungen wie dem definitiv eingetragenen Rechte beilegt, sind vereinzelt geblieben.

rechtlicher Vermerk zur Sicherung obligatorischer Ansprüche.[92]) Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch bleibt ein persönlicher und den persönlichen Einreden nach wie vor ausgesetzt. Soll nun das dingliche Vorkaufsrecht Dritten gegenüber die dinglichen Wirkungen eines durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs haben, — daß sich damit die dinglichen Wirkungen des dinglichen Vorkaufsrechts nicht erschöpfen, wird unten näher ausgeführt,[93]) — und sollen in dem Verhältnisse zwischen Berechtigten und Verpflichteten die Bestimmungen des obligatorischen Vorkaufsrechts maßgebend sein, so läßt eine solche Fassung des Gesetzes ihrer ganzen Entstehungsgeschichte nach nur den Rückschluß zu, daß dem vorgemerkten Übereignungsanspruche dann auch die obligationsrechtlichen Wirkungen der Vormerkung, wie sie zwischen dem Vorgemerkten und dem durch die Vormerkung betroffenen Eigentümer bestehen, zugute kommen, d. h. bei der eigenartigen Natur des dinglichen Vorkaufsrechts, daß in den Beziehungen, die durch die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts zwischen dem vorkaufspflichtigen Eigentümer und dem Berechtigten begründet werden, neben dem dinglichen zugleich auch ein obligatorisches Schuldverhältnis, „das obligatorische Vorkaufsrecht", entstehen und durch das dingliche Recht dingliche Sicherung erlangen soll. Praktisch wird allerdings der dingliche Schutz, den das obligatorische Recht genießt, nur selten in die Erscheinung treten, weil durch die Übereignung des Grundstücks natürlich auch die dingliche Klage gegen den verpflichteten Eigentümer ausgeschlossen wird. Daß aber ein solcher Fall dinglichen Schutzes immerhin denkbar ist, lehrt das Beispiel, das Immerwahr gibt: wenn nämlich nur ein Teil des Grundstücks ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht veräußert worden ist und der Vorkaufsberechtigte bezüglich dieses Teiles Schaden erleidet, z. B. durch Zahlung der Prozeßkosten unter den oben bezeichneten Voraussetzungen. Hier ist der zunächst nur obligatorische Anspruch auf Schadensersatz dinglich gesichert durch die Haftung des beim Vorkaufspflichtigen verbliebenen Restgrundstücks und ist bei einer etwaigen Zwangsversteigerung des Restgrundstücks in dem Range zu befriedigen, in welchem das Vorkaufsrecht im Grundbuch eingetragen ist.[94])

---

[92]) So die herrsch. Meinung, s. insbes. Biermann, Widerspruch u. Vormerkung 184.

[93]) s. S. 38 ff.

[94]) Immerwahr 286; ebenso wie oben im Ergebnisse ferner noch:

ββ. Die Ansichten Gierkes und Fuchs'.

Aus dem Entwickelungsgange des Gesetzes heraus ergibt sich auch die Widerlegung der Auffassung Gierkes, daß beim dinglichen Vorkaufsrechte mit der dinglichen Schuld eine persönliche Verpflichtung des Bestellers wohl verbunden sein kann, aber nicht notwendig verbunden sein muß. Die im § 1108 BGB. für die Reallast ausgesprochene Regel, meint Gierke, gelte beim Vorkaufsrechte nicht; vielmehr laste die Vorkaufsverpflichtung auf dem Grundstücke nach Art einer Reallast mit ausgeschlossener persönlicher Verpflichtung.[95]) Dem ist entgegenzuhalten: Bei der Reallast bedurfte es der Bestimmung des § 1108, da sich bei ihr der Ausschluß einer persönlichen Haftung des Eigentümers sehr wohl und zwar in einer unter Umständen durchaus zweckentsprechenden Weise denken läßt.[96]) Beim dinglichen Vorkaufsrechte dagegen bildet das obligatorische Schuldverhältnis einen Bestandteil des Wesens des ganzen Rechtes, und eben diese im § 1098 zum Ausdrucke gebrachte Auffassung ließ dem Gesetzgeber es überflüssig erscheinen, eine entsprechende Bestimmung zu geben; ja gerade das Fehlen einer solchen gegenüber der ausdrücklichen Vorschrift des § 1108 muß u. E. bei der ganzen Struktur des Rechtes zu der Auffassung führen, daß bei ihm im Gegensatze zur Reallast der Ausschluß der persönlichen Haftung nicht zulässig sein darf.

Die gleichen Gründe treffen gegenüber der Ansicht Fuchs' zu, welcher die dem dinglichen Vorkaufsrecht innewohnende Obligation als akzessorisches Recht auf Eigentumsverwirkung auffaßt und es konstruktiv der Hypothek und dem Pfandrechte gleichstellt.[97]) Das Verhältnis des obligatorischen Rechtes zum dinglichen ist indes bei beiden Instituten grundverschieden. Bei der Hypothek besteht die Forderung neben dem dinglichen Rechte und kann sogar in gewissen Fällen n. h. M. untergehen, ohne dadurch den Bestand des dinglichen Rechtes zu gefährden. Beim dinglichen Vorkaufsrechte hingegen bildet die Obligation den Inhalt des dinglichen Rechtes, das

Cosack 1 § 248 I 1 b; Biermann, Komm. Nr. 2 zu § 1097; Turnau-Förster Nr. 1 zu § 1098; Crome 3, 570 f.; Dernburg, Bürgerl. R. 2 § 197; anders Planck Vorb. Nr. 3 zu § 1094.

[95]) Gierke, Sachenrecht 801 Anm. 26.

[96]) So sagt Planck Nr. 5 zu § 1105: „Die persönliche Haftung des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks ist zwar nach § 1108 in dem bezeichneten Umfange die Regel, gehört jedoch nicht zum Wesen der Reallast".

[97]) Fuchs 342 Nr. 2a zu § 1094; ähnlich Staudinger 3 Nr. 1b zu § 1094.

obligatorische Rechtsverhältnis ist das Grundgeschäft für das dingliche Recht; eine Trennung beider Rechte ist begrifflich unmöglich, der Untergang des obligatorischen Verhältnisses führt mit Notwendigkeit auch den des dinglichen Rechtes herbei.

γγ. Schlußfolgerungen aus der vom Verfasser vertretenen Ansicht.

Ziehen wir aus dem Gesagten die praktische Nutzanwendung, so kommen wir hiernach zu folgendem Resultate:

Mit dem dinglichen Vorkaufsrecht entsteht zugleich ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem vorkaufspflichtigen Eigentümer als solchen. Kraft dieses Rechtsverhältnisses haftet der Eigentümer auch persönlich mit seinem Vermögen für die ihm im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts obliegende Übereignungspflicht. Schuldhafte Nichterfüllung dieser Pflicht oder sonstige schuldhafte Zuwiderhandlung macht ihn nach den Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB. schadensersatzpflichtig. Ist das Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt, so tritt der Erwerber in diese obligatorischen Beziehungen zum Berechtigten ein und übernimmt die gleiche persönliche Haftung wie sein Vorgänger. Dagegen haftet er nicht persönlich auch für das Verhalten seiner Vorgänger, wenn sich bei einer späteren Ausübung des Vorkaufsrechts eine Schädigung des Berechtigten infolge von Maßregeln eines Vorgängers herausstellt.[98]) Analog der Haftung bei der Reallast beschränkt sich diese vielmehr bei jedem der sukzessiven Eigentümer des Grundstücks ausschließlich auf seine eigenen Handlungen und Unterlassungen und zwar dann nicht bloß für die Dauer seiner Eigentumszeit, sondern auch darüber hinaus.[99]) Die gegenteilige Ansicht Binders,[100]) wonach die persönliche Haftung ausschließlich bei dem ersten Verkäufer verbleibt und nicht auf die Rechtsnachfolger übergeht, läßt sich u. E. auch nicht aus der Fassung des § 954 E. erweisen; denn wenn dort im Satz 2 von dem Rechtsverhältnisse „zwischen dem Berechtigten und dem Dritten, an welchen das Grundstück veräußert ist",[101]) die Rede ist, so können

[98]) Anders Biermann Komm. Nr. 2 zu § 1097; Cosack 311 § 248 I 1a γ; anscheinend auch Turnau-Förster 640 Nr. I zu § 1098.

[99]) Crome 3, 574, Immerwahr 307, den Crome zu Unrecht in diesem Falle zu den Gegnern zählt.

[100]) Binder 3, 125 Anm. 124.

[101]) Paragraph wörtlich zitiert S. 33; man beachte in der Fassung des

mit dem „Dritten" nicht, wie Binder annimmt, alle Rechtsnachfolger des Bestellers, sondern kann, zumal auch nur von „dem", also einem einzigen Dritten gesprochen wird, allein derjenige Erwerber gemeint sein, dessen Kaufvertrag das Vorkaufsrecht zur Ausübung gebracht hat. Diese Auslegung ergibt sich unzweideutig aus den folgenden Bestimmungen, in denen das Verhältnis des Berechtigten zu dem dritten Käufer geregelt ist, insbesondere aus dem § 956, der lautete:

„Die Ausübung des Rechtes gegen den Dritten ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Berechtigte auf die Anzeige des Dritten von dem mit dem Vorkaufspflichtigen geschlossenen Kaufvertrag und dessen Inhalte, sowie von der erfolgten Eigentumsübertragung nicht innerhalb einer Frist von zwei Monaten dem Dritten erklärt, daß er das Vorkaufsrecht ausübe."

Der Gegensatz von „Vorkaufspflichtigen" und „Dritten" zeigt hier ganz deutlich, daß unter dem Vorkaufspflichtigen der verkaufende Eigentümer des Grundstücks zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechts gemeint ist. Die gegenteilige Auffassung würde auch zu einer Lücke im Gesetze führen, indem das Rechtsverhältnis keine Berücksichtigung gefunden haben würde, welches zwischen dem verkaufenden Eigentümer zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechts und dem Berechtigten entsteht; denn unter dem „neuen Eigentümer" im Sinne der §§ 1099 ff. BGB) kann nur derjenige Eigentümer verstanden werden, welcher nach der Ausübung des Vorkaufsrechts das Grundstück erworben hat.[101a]. Im übrigen würde die Fassung jener Entwurfsbestimmung, selbst wenn sie die Auffassung Binders bestätigte, für die Auslegung des Gesetzes nur die gleiche Beachtung beanspruchen können, wie die übrigen Vorarbeiten und würde daher treffend schon durch die Motive widerlegt werden, welche ausdrücklich betonen, daß „bei dem sich wiederholenden Vorkaufsrechte, wenn in einem Verkaufsfalle das Recht nicht ausgeübt wird, (hinsichtlich der mit dem dinglichen Rechte entstehenden Obligation) der neue Erwerber als Schuldner in dieselbe Stellung gelangt, welche sein Veräußerer hatte" (III, 454).

Paragraphen auch das Präsens: „verkauft", welches zeigt, daß der Gesetzgeber an den Zeitpunkt der Ausübung, nicht den der Bestellung des Vorkaufsrechts gedacht hat.

[101a]) So herrsch. Meinung, s. auch Endemann 2, 696 Anm. 23.

β. Die dinglich-rechtliche Seite des dinglichen Vorkaufsrechts.

αα. Die Auffassung Immerwahrs (Reichel, Binder, Seckel).

Wir hatten bisher lediglich die obligatorische Seite des dinglichen Vorkaufsrechts ins Auge gefaßt und hatten uns dabei im wesentlichen den Ausführungen Immerwahrs anschließen können. Entschieden entgegentreten müssen wir nun seiner Ansicht, soweit sie die dinglich-rechtliche Seite des dinglichen Vorkaufsrechts angeht.

Nach Immerwahr[102]) hat das Gesetz das dingliche Vorkaufsrecht durch die Vorschrift des § 1098 Abs. 2, nach welchem ihm Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung beigelegt ist, völlig des Charakters als Grundstücksbelastung entkleidet und es lediglich auf den Leisten einer Vormerkung abgestellt; demgemäß fixiert er den Zweck des dinglichen Vorkaufsrechts dahin, „einen suspensiv bedingten Eigentumsübertragungsanspruch dinglich zu sichern", will also heißen, mit den Wirkungen einer Vormerkung auszustatten. Der gleichen Auffassung wie Immerwahr ist Reichel,[103]) wenn er das dingliche Vorkaufsrecht als einen doppelt, nämlich durch Verkauf und Erklärung, bedingten Anspruch auf Auflassung charakterisiert. Ebenso verneint Binder[104]) die dingliche Natur des Rechtes und bezeichnet dieses als einen Enteignungsanspruch, der Dritten, d. h. auch den Rechtsnachfolgern des Bestellers gegenüber lediglich mit den Wirkungen der Vormerkung ausgestattet ist. Schließlich gehören Weigelt[105]) und wohl auch Seckel[106]) hierher.

Würde die Auffassung dieser Schriftsteller dem Gesetz entsprechen, so wäre allerdings die Behauptung Reichels berechtigt, daß das dingliche Vorkaufsrecht nur noch „ein Residuum aus einem überwundenen Stadium der Gesetzgebungsarbeit sei".[107]) Denn abgesehen von den wenigen de lege lata positiv verordneten Besonderheiten[108]) würde in der Tat das dingliche Vorkaufsrecht völlig überflüssig sein, da die gleichen Wirkungen durch die Vormerkung des obligatorischen Vorkaufsrechts ja erreicht werden

[102]) Immerwahr a. a. O. 287 f.

[103]) Reichel in IheringsJ. 46, 92 ff.: „das dingliche Vorkaufsrecht hat ... überhaupt die Natur der Vormerkung".

[104]) Binder 3, 125 Anm. 124.

[105]) Weigelt 56; ebenso Hilscher 28; anscheinend auch Boehm 43.

[106]) Seckel in Festgabe für Koch 238 und Anm. 10.

[107]) Reichel a. a. O. 94.

[108]) §§ 1099 ff., vgl. auch Bendix, Vorkauf, a. a. O. 602, sowie Seckler 282 Nr. 2.

könnten. Indes gibt das Gesetz zu einer solchen Auffassung, welche auch mit der im § 1094 niedergelegten Charakterisierung des Vorkaufsrechts als Grundstücksbelastung in einem unlösbaren Widerspruche stehen würde, u. E. keinen Anhalt.

Daß das obligatorische Vorkaufsrecht kein Anspruch auf Eigentumsübertragung, auch kein bedingter ist, haben wir oben auszuführen versucht. Ebenso lehnen aber auch für das dingliche Vorkaufsrecht die Motive die Konstruktion als bedingtes Recht auf Eigentumsübertragung ab. Sie führen aus:

Der Zweck des Vorkaufsrechts gehe nicht sowohl dahin, dem Berechtigten, wenn sich gewisse Bedingungen erfüllen, das Eigentum zu verschaffen, als vielmehr dahin, einen dem Berechtigten unerwünschten Eigentumswechsel zu verhüten. „Die einfachste Art der Verdinglichung des obligatorischen Vorkaufsrechts scheint dessen Konstruktion als Grundstücksbelastung zu sein. Bei der Reallast wird die Verpflichtung zur Bewirkung wiederkehrender Leistungen an das Eigentum geknüpft, bei der Vorkaufslast ist nur der Inhalt der mit dem Eigentume verknüpften Verpflichtung ein besonderer. Wird die Obligation nicht erfüllt, so führt die Analogie der Reallast zu einer Haftung des Grundstücks, und diese Haftung gestaltet sich bei der eigentümlichen Natur des Vorkaufsrechts dahin, daß nicht aus dem Grundstück etwas zu geben, sondern daß das Grundstück selbst, als ob es gekauft wäre, zu geben ist." Indem somit das dingliche Vorkaufsrecht als Grundstücksbelastung konstruiert sei, sei es nicht als „Recht auf Anfall des Eigentums" gedacht.[109])

Diese Konstruktion sei nun, so meint Immerwahr, wohl für den E. I zutreffend, jedoch durch die Ersetzung des § 954 durch den Abs. 2 des § 1098 aufgegeben worden. Allein daß durch diese Vorschrift eine durchgreifende Konstruktionsänderung nicht beabsichtigt war, haben wir oben[110]) erwähnt. Aber auch die Fassung des Abs. 2 des § 1098 nötigt keineswegs zu der von Immerwahr behaupteten Auslegung. Denn das Gesetz spricht nicht etwa von einem bedingten Anspruche, sondern von dem „durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden Anspruch auf Übertragung des Eigentums"; es bringt damit klar zum Ausdrucke, daß der mit den Wirkungen der Vormerkung ausgestattete Übertragungsanspruch zunächst noch gar nicht besteht, vielmehr erst, ebenso wie

[109]) Mot. 3, 450, 452. [110]) S. oben S. 33 zu Anm. 90.

beim persönlichen Vorkaufsrechte, mit der Ausübung des Rechtes existent wird.[111]) Bis dahin kann daher weder von einem bedingten, noch einem betagten Anspruche die Rede sein. Man hat wohl vereinzelt das obligatorische Vorkaufsrecht als einen künftigen Anspruch auf Eigentumsübertragung bezeichnet.[112]) Diese Ansicht ist auch für das dingliche Vorkaufsrecht insofern richtig, als der künftige Anspruch nach der Terminologie des Gesetzes im Gegensatze zum betagten Anspruche noch nicht zu bestehen braucht und das Vorkaufsrecht einen solchen, in Zukunft zur Entstehung gelangenden Anspruch auf Eigentumsübertragung enthält. Mag dieser Anspruch aber auch für die Sicherung durch Vormerkung möglicherweise geeignet erscheinen, für die Dogmatik würde es immerhin nicht angehen, ein Recht nach einem noch gar nicht existierenden Anspruche zu charakterisieren.

Aber auch der zweite Bestandteil der Immerwahrschen[113]) Auffassung, wonach der Eigentumsübertragungsanspruch nur im Rahmen der Vormerkungswirkung dinglich gesichert sei, findet im Gesetze keine Bestätigung. Denn § 1098 Abs. 2 legt nicht generell dem dinglichen Vorkaufsrechte die Wirkungen einer Vormerkung bei, sondern nur „Dritten gegenüber". Mit diesen Dritten sind nun allerdings nicht, wie Fuchs[114]) meint, nur der dritte Käufer, dessen Erwerb durch die Ausübung des Rechtes resolviert wird, sondern auch sonstige Dritte gemeint, sofern sie durch die Ausübung des Vorkaufsrechts betroffen werden.[115]) In keinem Falle gehören aber dazu auch der Besteller und seine sukzessiven Rechtsnachfolger im Erwerbe des Eigentums, insbesondere der verkaufende Eigentümer. Ihm gegenüber hat jedoch das dingliche Vorkaufsrecht nicht die Wirkung einer Vormerkung, vielmehr wirkt dem vorkaufspflichtigen Eigentümer gegenüber das dingliche Vorkaufsrecht als eine echte Grundstücksbelastung.[116]) Praktisch zeigt sich dies namentlich

---

[111]) Ebenso Winckler 19; Kretschmar 2, 204.

[112]) So Bendix, Vorkauf, 601, Seckler 281, s. auch unten S. 56 f. u. Anm.

[113]) Ebenso natürlich Reichel, Binder, Seckel und die anderen; sowie auch Fuchs Nr. 4c zu § 1098; Laue 60.

[114]) Fuchs Nr. 1 zu § 1098; Staudinger Nr. 2 zu 1098.

[115]) Die herrsch. Meinung, so Planck Nr. 3 zu § 1098; Biermann Nr. 2 zu § 1098 und Nr. 1 zu § 1099; Predari 197 Anm. 3.

[116]) Crome 3, 571; Endemann 2, 696 Anm. 25; Turnau-Förster Vorb. Nr. 3 zu § 1094; Predari 73 zu § 6; anscheinend auch Dernburg 2 § 197, insbes. V 3; Cosack 2, 312.

bezüglich der Entstehung des Vorkaufsrechts, insbesondere hinsichtlich des Erwerbes im guten Glauben: Dem durch Vormerkung gesicherten Vorkaufsberechtigten steht der gute Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite; der Mieter eines Grundstücks aber, der sich das dingliche Vorkaufsrecht an dem Mietgrundstücke bestellen läßt, wird hinsichtlich seines Erwerbes durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt.[117]) Diese Tatsache ist nicht eine Wirkung der Vormerkung, sondern ein Ausfluß des Belastungscharakters des dinglichen Vorkaufsrechts, der im § 1094 seinen Ausdruck gefunden hat. Diesen darin enthaltenden Gegensatz zwischen § 1094 und § 1098 Abs. 2 verkennt Strohal, wenn er aus jenem rechtlichen Umstand einen Beweis für seine Auffassung entnehmen will, daß auch dem durch Vormerkung Geschützten unter Umständen der gute Glaube des Grundbuchs zugute komme.[118]) Denn es ist eben nicht richtig, wenn Strohal behauptet,[119]) daß das dingliche Vorkaufsrecht sich „gerade durch die Vormerkungswirkungen gegenüber dem nur persönlichen Vorkaufsrechte abhebt".

Andererseits ist es aber auch verfehlt, aus der Vorschrift, daß nur Dritten gegenüber das dingliche Vorkaufsrecht Vormerkungscharakter hat, den Schluß zu ziehen, daß der eingetragene Vorkaufsberechtigte im Falle des Konkurses des Belasteten vom Konkursverwalter nicht die Befriedigung seines Auflassungsanspruchs verlangen, und daß der Erbe des Belasteten dem Anspruche des Berechtigten gegenüber die Beschränkung der Haftung geltend machen kann.[120]) Denn wie Strohal mit Recht ausführt,[121]) bestimmen die Vorschriften des § 24 KO. und des § 884 BGB. die Wirkung der Vormerkung nicht gegenüber dem durch die Vormerkung betroffenen Eigentümer, in welchem Falle sie beim dinglichen Vorkaufsrechte keine Anwendung finden dürften, sondern den Gläubigern des durch die Vormerkung Betroffenen und somit „Dritten gegenüber", und kommen deshalb auch dem eingetragenen Vorkaufsberechtigten zustatten.

ββ. Charakteristik des dinglichen Vorkaufsrechts auf Grund der vom Verfasser vertretenen Auffassung.

Wenn wir hiernach unsere Ausführungen über das dingliche

---

[117]) Ebenso Endemann a. a. O. 2, 696, Anm. 25.

[118]) Strohal Dekanatsrede 1904, 24 f.

[119]) a. a. O. [120]) So Seckler 283 Nr. 5.

[121]) Strohal a. a. O. 22 Anm. 25.

Vorkaufsrecht zu einer kurzen Charakteristik zusammenfassen, so ergibt sich folgendes:

Das dingliche Vorkaufsrecht umfaßt begrifflich ein obligatorisches Vorkaufsrecht, welches dem der §§ 504 ff. wesensgleich (identisch) ist. Es enthält daher weder eine bedingte,[122]) noch eine betagte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, sondern ist gleich jenem ein unbedingtes Recht und als Gestaltungsrecht anzusprechen; ausgeübt äußert es die oben gezeigten obligatorischen Wirkungen. Dieses obligatorische Recht ist im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem vorkaufspflichtigen Eigentümer dinglich gesichert durch die Ausgestaltung als Grundstücksbelastung. Diese Grundstücksbelastung ist inhaltlich analog der Reallast gestaltet und unterliegt als dingliches Recht den allgemeinen Regeln des Grundbuchrechts.

Dritten gegenüber, d. h. allen denjenigen, welche nicht als Verpflichtete im Sinne des Abs. 1 des § 1098 anzusehen sind, insbesondere dem dritten Käufer gegenüber, hat das Vorkaufsrecht die Bedeutung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts künftig entstehenden Auflassungsanspruchs. Dies hat zur Folge, daß alle nach der Eintragung des Vorkaufsrechts über das Grundstück getroffenen Verfügungen insoweit unwirksam werden, als sie das Vorkaufsrecht vereiteln und beeinträchtigen würden (§ 883 Abs. 2 BGB.). Aus der Natur des Vorkaufsrechts ergibt sich, daß hierdurch nur diejenigen dinglichen Rechte betroffen werden, welche nach Abschluß des Kaufvertrags zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten eingetragen sind, nicht jedoch generell alle Belastungen, die nach der Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts von den jeweiligen Eigentümern des Grundstücks bewilligt worden sind.[123]) Denn der Vorkaufsberechtigte hat nur das Recht, das Grundstück unter den mit dem Dritten vereinbarten

---

[122]) Diejenigen, welche das obligatorische Vorkaufsrecht als eine bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung konstruieren, müssen demnach folgerichtig diese Verpflichtung auch als in dem dinglichen Vorkaufsrecht enthaltend betrachten; so auch Crome 3, 566 f.; Enneccerus-Lehmann 2, 244; Fuchs, insbesondere Nr. 3 Ia zu § 1094; Staudinger Nr. 1b zu § 1094.

[123]) So Immerwahr 327 f.; Endemann 2, 697 Anm. 26; Fuchs Nr. 4b zu § 1098; ähnlich Biermann Nr. 2 zu § 1098: Löschung aller nach Eintragung des Vorkaufsrechts bewilligten dinglichen begrenzten Rechte, „soweit sie den Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Eigentumsübertragung beeinträchtigen, was aber regelmäßig der Fall sein wird".

Kaufbedingungen zu erwerben. Der dritte Käufer hat aber meist nur das belastete Grundstück gekauft und dabei die Lasten auf den Kaufpreis mit übernommen. Dadurch wird aber der Kaufpreis um den Wert der Lasten gemindert, und dadurch ist auch der Vorkaufsberechtigte genügend gesichert; denn er kann nicht gut außer der Preisminderung auch noch die Löschung der Lasten verlangen.[124]) Insoweit hiernach die dinglich Berechtigten dem Vorkaufsrechte weichen müssen, haben sie gemäß § 888 BGB. die Zustimmung zur Löschung ihrer Rechte zu geben. Dies gilt auch für den dritten Käufer, wenn dieser bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist; auch in diesem Falle richtet sich der dingliche Übereignungsanspruch nach wie vor gegen den vorkaufspflichtigen Eigentümer, und den Dritten überkommt lediglich die formelle Pflicht zur Löschung seines Eigentums.[125]) Wenn aber Fuchs[126]) diese Pflicht des Dritten dahin fixiert, dieser müsse „die Hindernisse aus dem Wege räumen, die der Herstellung des dem Vorkaufsrecht entsprechenden Buchstandes im Wege stehen", so ist dieser Auffassung nicht beizutreten. Denn durch die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts wird der Eigentumserwerb des dritten Käufers noch nicht ohne weiteres nichtig, der Buchstand des Grundbuchs noch nicht unrichtig; vielmehr ist, da das dingliche Vorkaufsrecht Dritten gegenüber eben nur ein vorgemerktes persönliches Vorkaufsrecht darstellt, die Wirkung der Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts keine andere als beim persönlichen Vorkaufsrechte: durch die Ausübung kommt ein Kauf zwischen dem vorkaufspflichtigen Eigentümer und dem Berechtigten zustande; und die Umkleidung mit den Wirkungen der Vormerkung hat für den Berechtigten nur die Bedeutung, daß er seinen nunmehr präsent gewordenen und von jetzt ab erst datierenden Kaufanspruch auch Dritten gegenüber zur Durchführung zu bringen in der Lage ist. Hiernach ist der Erwerb des Dritten

---

[124]) Ebenso Mot. 3, 451; ferner Crome 3, 574; Gierke 803; Planck Nr. 3b Abs. 4 zu § 1098; Seckler 284 Nr. 3b γ; wohl auch Staudinger 2c zu § 1098; Männer 347; a. M. Dernburg, Bürgerl. R. 2 § 197 IV. Turnau-Förster 3 zu § 1098; Oberneck 1, 597 f., die den Zeitpunkt der „Ausübung" des Vorkaufsrechts; Kretzschmar (2, 366), der die Eintragung des neuen Eigentümers entscheiden lassen.

[125]) So die h. M.; a. M. Endemann (2, 698d) und Krech (92), die dem Berechtigten einen direkten dinglichen Übereignungsanspruch gegen den Dritten gewähren.

[126]) Fuchs Nr. 2 zu § 1094 Vorb.

aber nicht nichtig, sondern allein dem Vorkaufsberechtigten gegenüber nach § 888 unwirksam.[127])

Man hat das dingliche Vorkaufsrecht vielfach als ein „gemischtes Rechtsinstitut“[128]) bezeichnet. Auch wir machen uns diese Bezeichnung zu eigen, sofern man damit nur zum Ausdrucke bringen will, daß das dingliche Vorkaufsrecht, ähnlich wie die Reallast, neben seinem Charakter als Grundstücksbelastung ein obligatorisches Rechtsverhältnis enthält.

II. Der § 313 BGB.

1. Seine Stellung im Systeme des Gesetzes.

Das BGB. hat für den Abschluß der Rechtsgeschäfte das Prinzip der Formfreiheit aufgestellt. „Ein Mann ein Wort“, dieser Spruch, der dem Grundsatze von Treu und Glauben treffendsten Ausdruck gibt, hat damit gesetzliche Anerkennung gefunden. Das der Formfreiheit entgegengesetzte Prinzip ist das des Formzwanges. Von ihm wurde das PrALR. beherrscht. Auch der Gesetzgeber des BGB. hat die Frage, ob der Formfreiheit oder dem Formzwange der Vorzug zu geben sei, erst nach ernstlicher Prüfung zugunsten der Formfreiheit entschieden, und er erkennt selbst an, daß „geschäftsmäßige Stimmung“, „juristisches Bewußtsein“, „besonnene Überlegung“, „Ernstlichkeit der gefaßten Entschließung“, „Feststellung des rechtlichen Charakters“ und „der Vollendung der Handlung“, wie endlich auch „Sicherung des Beweises“[129]) gerade Vorzüge der Beobachtung der Formvorschrift sind. Aber alle diese Vorteile schienen ihm nicht den einen Nachteil aufzuwiegen, welcher jedem Formzwang anhaftet, den der Verkehrserschwerung. „Der Verkehr erfordert gegenwärtig mehr denn je Bewegungsfreiheit“, heißt es in den Motiven (1, 180), und dieser eine Gesichtspunkt ist für den Gesetzgeber ausschlaggebend geworden.

Ist hiernach die mündlich getroffene Vereinbarung, sofern sie nur ernstlich gemeint und als abgeschlossener Rechtsakt anzusehen ist, für die Parteien bindend und klagbar, so hat der Gesetzgeber doch Bedenken getragen, das Prinzip ausnahmslos zur Geltung zu

---

[127]) Gegen Fuchs; Staudinger Nr. 2 a zu § 1098; Seckler 283 Nr. 3; Planck Nr. 3 b (Abs. 3) zu § 1098.

[128]) Immerwahr 287; ferner Laue 60; Keetmann 28; Winkler 25. Gegen diese Bezeichnung Fuchs, Vorb. 2 zu § 1094.

[129]) Mot. 1, 179.

bringen. Für einige Rechtsgeschäfte hat er gleichwohl den Formzwang eingeführt, sei es in Gestalt der einfachen Schriftform,[130] sei es in derjenigen der qualifizierten vor Richter oder Notar.[131] Er hat dies getan, teils weil ihm bei diesen Geschäften die durch den Formzwang gewährleistete Rechtssicherheit wertvoller erschien als die Bewegungsfreiheit, teils um durch das Formerfordernis die Spekulation zu erschweren. Auf beiden Gebieten liegen denn auch die Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmt haben, den uns interessierenden Vertrag, durch welchen der eine Teil sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zu unterwerfen: § 313 BGB.

„Der Grundbesitz ist die natürliche Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung und verdient schon deshalb die ihm zuteil werdende besondere Rücksicht auch in der Beziehung, daß die Veräußerung nicht leicht zu nehmen ist.“ [132]

Neben diesem Bestreben, die Seßhaftigkeit der ländlichen Bevölkerung nach Möglichkeit zu fördern, war ferner der Wunsch, der Güterspekulation vorzubeugen und den Verkäufer gegen Übereilung zu schützen, die Ursache der Formerschwerung. Gegen die hier drohenden Gefahren, meint der Gesetzgeber, biete für die weniger gewandte bäuerliche Bevölkerung auch die einfache Schriftform keine genügende Sicherheit. „Tinte und Feder seien leicht zur Hand, die Unterschrift der Bauern genüge zur Vollendung des schriftlichen Vertrags, dessen Entwurf von Güterhändlern in Eile hergestellt oder bereits in der Tasche mitgebracht werde. Durch den Gang zum Gericht oder Notar werde dagegen dem Bauer der Ernst der Sachlage klar gemacht und eine wohltätige Überlegungsfrist gegeben; Wirtshausgeschäfte seien ausgeschlossen.“ [133]

Stets ist aber daran festzuhalten, daß der § 313 wie alle Formvorschriften eine Ausnahmebestimmung ist und daß in Zweifelfällen Formfreiheit gilt. Dies ist für seine Anwendbarkeit von grundlegender Bedeutung und führt dazu, bei der Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft der Formvorschrift des § 313 unterfällt, ein doppeltes zu prüfen:

1. Ob das in Rede stehende Rechtsverhältnis genau dem Tat-

---

[130] Z. B. §§ 81, 416, 566, 766, 780.

[131] Z. B. außer § 313 : §§ 311, 312, 518, 1491, 1501, 2371.

[132] Mot. 2, 190.

[133] Prot. 2, 926.

bestande des Gesetzes entspricht; extensive und analoge Auslegung der Vorschrift ist ausgeschlossen.[134])

2. Bei Zweifel im Falle 1: ob die Formerschwerung auch ein Postulat der für die Bestimmung maßgebend gewesenen ratio legis ist.

Die Anwendung dieser Leitsätze auf die einzelnen über das Wesen des Vorkaufsrechts aufgestellten Theorien führt nun zu folgendem praktischen Ergebnisse. Zunächst hinsichtlich des persönlichen Vorkaufsrechts:[135])

2. Seine Anwendbarkeit.

a) Bei dem obligatorischen Vorkaufsrechte.

α. Nach der Eintrittstheorie.

Faßt man das Vorkaufsrecht als das Recht auf, durch welches kraft cessio legis der Vorkaufsberechtigte in den mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag eintritt, so unterfällt der Vertrag, durch welchen dieses Recht begründet wird, nicht der Formvorschrift des § 313.[136]) Denn durch diesen Vertrag übernimmt der Vorkaufspflichtige noch keine Verpflichtung, dem Vorkaufsberechtigten das Grundstück zu verkaufen, sondern konzediert ihm nur das Recht, falls er einmal das Grundstück verkauft, als Käufer in den darüber geschlossenen Vertrag eintreten zu dürfen. Die Verpflichtung zu verkaufen entsteht für den Vorkaufspflichtigen erst mit dem Verkauf an den Dritten, und die Begründung des Vorkaufsrechts hat für ihn nur die Wirkung, daß er sich einen Wechsel in der Person seines Gegenkontrahenten gefallen lassen muß. Indem der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag dem Formerfordernis unterliegt, wird daher der Vorkaufspflichtige genügend geschützt, und auch der rechtspolitische Grund, die Stabilität des Grundbesitzes und den Verkäufer gegen Übereilung beim Verkaufe des Grundstücks zu sichern, ist damit auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten aus-

[134]) Ebenso Gutbrod 5 f.; RG. 53, 268; Staudinger Nr. 3 d zu § 313.

[135]) Die hier behandelte Frage wird auch in den Protokollen erörtert. Wie aber Thiele 2, 223 und RG. 60, 225 durch erschöpfende Wiedergabe der einschlägigen Stellen (Prot. 2, 99 und 1, 461 f.) überzeugend nachgewiesen haben, widersprechen sich die dort niedergelegten Ansichten. Mit Rücksicht darauf, daß bei dieser Sachlage die Wiedergabe der Protokollstellen lediglich eine historische Bedeutung hätte, halten wir diese Wiedergabe für überflüssig und verweisen deshalb auf jene Schriften.

[136]) Ebenso Kretzschmar 2, 205.

reichend gewahrt. Die Rechtslage für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts ist nach dieser Theorie, wie wir oben gezeigt haben, die gleiche, wie wenn der dritte Käufer seinen durch den notariellen Vertrag erworbenen Auflassungsanspruch an den Vorkaufsberechtigten abtritt. Bei der Abtretung handelt es sich aber nicht um einen Weiterverkauf des erkauften, aber noch nicht aufgelassenen Grundstücks,[137]) sondern um die Abtretung der Rechte aus dem ersten Kaufvertrage. Für die Abtretung hat jedoch das Gesetz nicht das Erfordernis einer besonderen Form aufgestellt (§§ 398, 403 BGB.). Es würde hiernach nur eine entsprechende Anwendung des § 313 in Frage kommen, die aber ausgeschlossen ist.[138])

β. Nach der Theorie des bedingten Kaufvertrags.

Vom Standpunkte der Theorie des bedingten Kaufvertrags muß der Vorkaufsvertrag der Formvorschrift des § 313 unterworfen werden. Denn durch diesen Vertrag unterwirft sich der Verpflichtete bereits der bedingten Verpflichtung, an den Vorkaufsberechtigten das Grundstück zu verkaufen. Es entsteht von vornherein eine rechtliche Gebundenheit, zu veräußern, die nur durch den Verkauf an den Dritten, bzw. durch diesen und die als Bedingung gedachte, dem Willen des Vorkaufspflichtigen entzogene Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten wirksam wird. Daß aber die bedingte Verpflichtung der unbedingten auch gegenüber der Vorschrift des § 313 gleich zu achten ist, ergibt sich aus dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäfts und entspricht der ratio legis.[139])

γ. Nach der Offertentheorie.

In gleicher Weise erscheint die Anwendung des § 313 geboten, wenn man die Offertentheorie vertritt. Zwar kommt nach dieser Theorie der Vorkauf auch erst mit der Ausübungserklärung des Berechtigten zustande. Dies hat aber hier nicht die Bedeutung,

---

[137]) So Heilfron 2, 328 Anm. 1.

[138]) Ebenso die herrschende Meinung; insbes. Örtmann Nr. 2dγ zu § 313; Staudinger Anm. 2b zu § 313; Gutbrod 59; RG. 53, 268.

[139]) Ebenso die sämtlichen Anhänger dieser Theorie: Crome 2, 495 Anm. 15; Matthias 1, 525 (4); Fischer-Henle Nr. 2 zu § 313; Gutbrod 66; Neumann 1, 1b zu § 504; Örtmann 2cγ zu § 313, ferner RG. 59, 224; 67, 43; eigenartig Enneccerus 1, 874, der zugibt, daß die Konsequenz seiner Auffassung zum Formzwange führt, aber meint, daß „eine freie, dem Zwecke der Vorschrift gerecht werdende Auslegung die Anwendung des § 313 ausschließen werde".

als ob damit das Kaufverhältnis überhaupt erst zur Entstehung gelangt. Wäre dies der Fall, so würde allerdings der Vorkaufsvertrag hinsichtlich eines Grundstücks formlos gültig sein müssen; denn mit der Entstehung des Kaufes kann auch erst die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung entstehen, und diese wäre dann lediglich eine Wirkung der kraft positiver Vorschrift formlosen Ausübungserklärung. Indes diese Argumentation trifft hier nicht zu; nach der Offertentheorie liegt die Entstehung des Kaufes zwischen dem Vorkaufspflichtigen und Vorkaufsberechtigten bereits in dem Bestellungsvertrag, und dieser begründet für den Verpflichteten den Kontrahierungszwang auf Abschluß des Vertrags. Die Verpflichtung, das Eigentum an den Berechtigten zu verkaufen, ruht mithin ausschließlich in diesem Vertrage; durch ihn hat der Vorkaufspflichtige dem Berechtigten das Grundstück bereits „zum Kaufe angestellt" und der Verkauf an den Dritten erscheint nicht anders als eine Bedingung.[140]) Durch die Ausübungserklärung des Berechtigten kommt lediglich der Kauf zum Abschlusse, wird perfekt. Die Situation ist gerade so, als wenn Antrag und Annahme eines Vertrags zu verschiedenen Zeiten abgegeben werden. Hier ist nach § 128 BGB. zunächst der Antrag und sodann dessen Annahme gerichtlich oder notariell zu beurkunden. Da nach dieser Theorie der Vorkaufsvertrag einen der beiden Vertragsbestandteile enthält, so unterliegt er der Formvorschrift des § 313, und das Vorkaufsgeschäft hat nur die Eigentümlichkeit, daß das Korrelat dazu für den Abschluß des Vertrags, die Erklärung des Berechtigten, formlos gültig ist.[141])

δ. Nach der Vorvertragstheorie.

Die Vorvertragstheorie erblickt in dem Vorkaufsvertrage den Vorvertrag für den durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Hauptvertrag. Diese Theorie muß zur Ablehnung des Formzwanges gelangen. Der Vorvertrag unterliegt der gleichen Form wie sein ihm nachfolgender Hauptvertrag, und ist dieser auf die

---

[140]) So auch RG. 53, 239; Staudinger 3 b zu § 313; Dernburg, Bürgerl. Recht 2, 176.

[141]) Im Ergebnisse wie oben: Planck 2, Vorbem. 1 zu § 504 und 1 b zu § 313; Tochtermann 16, Türke Nr. 3 zu § 504, indem sie den Formzwang bejahen; a. M. Kuhlenbeck a. a. O. 293, Männer 343 Anm. 3; Endemann 1, 1014 Anm. 28; letzterer läßt allein die ratio legis bestimmend sein und gelangt so zur Formfreiheit.

Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstücke gerichtet und unterfällt deshalb der Vorschrift des § 313, so gilt das gleiche für den Vorvertrag.[142]) Dies entspricht auch vollauf dem Zwecke der Bestimmung, weil es sonst möglich wäre, aus einem formlosen, event. unüberlegten Vorvertrage die Klage auf Abschluß des Hauptvertrags und damit auf Übereignung mit Erfolg anzustrengen. Diese Deduktion kann indes hier nicht zur Bejahung des Formzwanges führen; denn nach der vorliegenden Theorie kommt der Hauptvertrag durch die formlose Erklärung des Berechtigten zustande. Hielt aber der Gesetzgeber im Sinne dieser Theorie den durch das Vorkaufsrecht entstehenden Grundstücksveräußerungsvertrag nicht der Form des § 313 für bedürftig, so entfallen damit nach der Absicht des Gesetzes auch die Gründe für die Formbedürftigkeit des Vorvertrags. Ein Rückschluß, etwa dahingehend, daß, weil der Hauptvertrag formlos sei, deshalb der Vorvertrag der Formvorschrift des § 313 zu unterwerfen sei, ist rechtlich inkonsequent und schon deshalb zu verwerfen, weil er zu dem Ergebnisse führt, für den Nebenvertrag eine strengere Form zu verlangen als für den Hauptvertrag.[143])

ε. Nach der Ermächtigungstheorie.

Nach der Ermächtigungstheorie wird durch den Vorkaufsvertrag für den Berechtigten die Ermächtigung geschaffen, auf Grund des § 181 BGB. einseitig den Vorkauf zur Entstehung zu bringen. Auch diese Theorie muß Formfreiheit annehmen. Für die Erteilung der Vollmacht schreibt das Gesetz im § 167 Abs. 2 vor, daß diese Erklärung nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Ebenso wird allgemein angenommen, daß der Auftrag zur Vollziehung der in den §§ 311—313 BGB. geregelten Geschäfte nicht der Form unterliegt.[144]) Das gleiche wird man auch für die verwandte Ermächtigung annehmen müssen.[145])

[142]) So die herrschende Meinung; insbes. Scherer, Komm. zum BGB. 2, 612 Nr. 5; Ortmann 2c α zu § 313; RG. 53, 237; Planck 2 Nr. 1e zu § 313.

[143]) Diesen Rückschluß ziehen offenbar die Anhänger dieser Theorie, wenn sie den Formzwang verlangen, so Dernburg, Bürgerl. Recht 2 § 196 I Ziff. 2 in Verbindung mit 116 Anm. 7; Goldmann-Lilienthal Anm. 3 zu § 504; Tochtermann 16; Scherer a. a. O. 2, 612 Nr. 5; wie oben Thiele a. a. O. 320.

[144]) Ortmann 2d α zu § 313; Staudinger Nr. 2c zu § 313; ferner OLG. 8, 438; RG. in DJZ. 02, 475.

[145]) Ebenso Laue 31.

c. Nach der Gestaltungsrechtstheorie.

Wenn wir nunmehr vom Standpunkte der von uns vertretenen Theorie des Gestaltungsrechts die Frage beantworten sollen, ob der Vorkaufsvertrag dem Formzwange des § 313 unterliegt, so müssen wir dafür beide an die Spitze dieses Abschnitts gestellten Fragen[146]) einer genauen Prüfung unterziehen. Denn vertreten wir auch die Auffassung, daß der Vorkauf erst durch die Ausübungserklärung des Berechtigten zur Entstehung gelangt, so können wir doch nicht die Streitfrage einfach durch den Hinweis darauf als entschieden betrachten, daß das Gesetz die Formlosigkeit jener Erklärung ausdrücklich verordnet hat; wir können dies um dessen willen nicht, weil wir hinsichtlich der Entstehung des Vorkaufs eine von den übrigen Theorien abweichende Auffassung vertreten, nämlich die Existenz eines *Vertrags* geleugnet haben. Vielmehr muß gerade eine solche Auffassung vom Wesen des Vorkaufsrechts dazu führen, die hier interessierende Formfrage nunmehr gegenüber dem Vorkaufs„vertrag" aufzuwerfen und zu untersuchen, ob nun nicht dieser Vertrag die Bedingungen des § 313 erfüllt. Diese Frage, die sich nur aus der Natur des jeweiligen Gestaltungsrechts beantworten läßt, glauben wir nun sowohl vom Gesichtspunkt einer strengen Gesetzesauslegung, wie auch von demjenigen der ratio legis im negativen Sinne des Formzwanges entscheiden zu müssen.

Durch den Vorkaufsvertrag wird in der Richtung einer Eigentumsübertragung noch gar keine Verpflichtung für einen der beiden Kontrahenten begründet. Es liegt zunächst in dem Wesen des Gestaltungsrechts, daß für den *Berechtigten* eine solche Verpflichtung überhaupt nicht bestehen kann. Der Berechtigte kann gar keine dahingehende Verbindlichkeit übernehmen, daß er, falls die Voraussetzung eingetreten, d. h. der Kaufvertrag mit dem Dritten abgeschlossen ist, nunmehr auch sein Recht auf Erwerb des Grundstücks ausüben werde. Durch den Begründungsvertrag erlangt er lediglich die *Befugnis*, kraft seines Ausübungsrechts gegebenenfalls das Grundstück für sich in Anspruch zu nehmen. *Ob* er es aber tut, ist völlig seinem Belieben überlassen, sowie abhängig von der faktischen Möglichkeit, daß er auch seinerseits die von dem Dritten gebotenen Bedingungen sämtlich erfüllen kann; denn vermag er die von dem Dritten versprochenen, etwa individuellen Leistungen nicht zu bewirken, so kann er trotz seines Erwerbswillens sein Vorkaufs-

[146]) Oben S. 45, 46.

recht nicht einmal mit Erfolg ausüben.[147]) Ebensowenig wird aber auch der Verpflichtete durch den Vorkaufsvertrag in seinem Willen, das Grundstück zu veräußern oder nicht, gebunden. Kraft positiver Vorschrift darf er vielmehr über das Grundstück nach wie vor frei verfügen; er darf es vertauschen, verschenken, seinen Erben verkaufen, alles Berechtigungen, die einem durch einen Kaufvertrag Gebundenen versagt sind. Die einzige Verpflichtung, die ihm durch den Begründungsvertrag auferlegt wird, besteht darin, daß er, falls er einmal das Grundstück verkauft und nur verkauft, dem Berechtigten den Vorzug geben muß, daß er also in der Wahl des Käufers, dem er das Grundstück späterhin einmal übereignen soll, beschränkt ist. Von einer Verpflichtung aber, daß er das Grundstück verkauft, kann keine Rede sein, und nur der Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, daß er das Eigentum an einem Grundstück übertrage, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Eine Verbindlichkeit zur Eigentumsübertragung entsteht für den Verpflichteten erst dadurch, daß er einen Kaufvertrag mit dem Dritten abschließt; dieser Vertrag, welcher der Formvorschrift des § 313 unterliegt, ist auch für den Berechtigten maßgebend; nach dessen Bedingungen richtet sich daher das kaufartige Schuldverhältnis, das durch die Erklärung des Berechtigten unmittelbar entsteht.[148])

Der Einwand, daß durch den Vorkaufsvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten andere Kaufbedingungen vereinbart sein können, insbesondere ein anderer Kaufpreis, als der ist, welcher zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten besteht, und daß sich schon wegen dieser Bindung die Anwendung der Formvorschrift des § 313 rechtfertige,[149]) ist unrichtig und beruht auf einer

[147]) § 507 BGB.: „Hat sich der Dritte in dem Vertrage zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außerstande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten. Läßt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen; die Vereinbarung der Nebenleistung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Vertrag mit dem Dritten auch ohne sie geschlossen sein würde".

[148]) Wie oben im großen ganzen: Thiele a. a. O. 223; Kretzschmar, 2, 351, 352; Oberneck 591; Turnau-Förster 4 zu § 1094; Wittmack (Erbb.) 136 f. (letztere zugleich für das dingl. Vorkaufsrecht), ferner RG. 60, 325 und im „Recht" 11 Nr. 1623; Raschig 33; **a. M.** Seckel a. a. O. 217 Anm. 7, der offenbar analoge Anwendung verlangt; Kipp 647.

[149]) Ortmann 3 zu 505; Planck 2 zu 505; Staudinger 3a zu 505; OLG Jena in OLG. 1, 293; RG. 67, 43.

Verkennung des Wesens des Vorkaufsrechts. Allerdings sind die Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht an sich dispositiver Natur und können, da das Gesetz sich nicht ausdrücklich zwingenden Charakter beilegt, beliebig von den Parteien erweitert und beschränkt werden. Dieser Grundsatz kann indes keine Anwendung finden gegenüber der Vorschrift des § 505 Abs. 2: diese Bestimmung muß notwendig stricti juris sein;[150]) das ergibt sich nicht nur daraus, daß der Kaufvertrag mit dem Dritten gerade das Charakteristikum des Vorkaufsrechts ist und daß eine von jenem Kaufe abweichende Vereinbarung eine Zerstörung dieser Wesensart bedeuten würde, sondern auch noch aus folgendem Umstande: Steht man mit uns auf dem Standpunkte, daß erst durch die Erklärung des Berechtigten ein Kauf zwischen ihm und dem Verpflichteten überhaupt zur Entstehung gelangt, und folgt man uns weiter dahin, daß vorher zwischen den Parteien keinerlei rechtliche Bindung hinsichtlich des Vorkaufsgegenstandes bestand, so läßt eine solche Auffassung die Existenz vorzeitig getroffener Vereinbarungen begrifflich gar nicht zu. Denn bestanden solche Vereinbarungen zwischen den Parteien schon vor der Erklärung des Berechtigten, so ist eben nicht durch die Erklärung erst das Kaufverhältnis begründet worden, sondern der Kauf bestand schon vorher und erlangte nur durch jene Erklärung seine Vollwirkung. Ein solches Kaufverhältnis ist dann eben kein Vorkauf mehr im Sinne des Gesetzes, sondern es liegt ein besonders geartetes Rechtsverhältnis vor, das, als bedingter Kaufvertrag aufgefaßt, hinsichtlich seiner Begründung möglicherweise dem Formerfordernisse des § 313 unterliegt.

Völlig unverständlich muß es aber erscheinen, wenn das Reichsgericht in der Entscheidung vom 9. XI. 07 (RG. 67, 43) die Meinung aufstellt, daß, selbst wenn man in dem Zustandekommen des Kaufes durch die Erklärung des Berechtigten die Entstehung eines neuen Rechtsverhältnisses erblickt, die Verpflichtung zur

---

[150]) So auch: Thiele 321; Turnau-Förster, 635 Vorbem. zu § 1094; Wittmack im „Recht" a. a. O. 472, 468 Anm. 2; Jaeger 3f.; Katz 38; anscheinend auch RG. im „Recht" 11, 1807 u. 60, 225: „Freilich ist nicht ausgeschossen, daß ein neuer Vertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten abgeschlossen wird; aber dann entsteht nicht auf Grund des Vorkaufsvertrags, sondern auf Grund dieses neuen Vertrags die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Eigentums an dem dem Vorkauf unterliegenden Grundstücke."

Eigentumsübertragung für den Vorkaufspflichtigen gleichwohl ausschließlich in dem Vorkaufsvertrage liege:

„Aber will man auch in dieser Vorschrift (§ 305 Abs. 2) eine Sondervorschrift und demgemäß in dem Zustandekommen des Kaufes die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses sehen, so berührt dies die Tatsache nicht, daß die Verpflichtung des Eigentümers zur Übertragung des Eigentums ausschließlich auf dem Vorkaufsvertrage beruht. Eine andere Verpflichtung als durch diesen Vertrag ist der Eigentümer nicht eingegangen; er steht der Ausübung des Vorkaufsrechts rechtsgeschäftlich fern. Für ihn ist deshalb nur der Vorkaufsvertrag derjenige Vertrag, durch welchen er sich für sein Teil verpflichtet hat, das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen. Der § 313 findet daher schon seinem Wortlaute nach Anwendung".

Daß für diese Auffassung nicht etwa die Vorvertragstheorie, für welche sie zu passen scheint, zugrunde gelegt ist, ergibt sich aus der Ablehnung, welche diese Theorie an anderer Stelle[151]) der Entscheidung erfährt. Wir müssen daher annehmen, daß hier die von uns vertretene Auffassung von der Entstehung des Vorkaufs zum Ausgangspunkte für die Beurteilung der Formfrage gemacht ist. Nun kann aber unter dem „neuen Rechtsverhältnis" auch das Reichsgericht schlechterdings nicht anderes als ein Kaufverhältnis verstehen; entsteht jedoch hiernach erst mit der Erklärung des Berechtigten der Kauf, so wird auch erst durch sie für den Vorkaufspflichtigen die Verpflichtung begründet, dem Käufer die Sache zu übertragen: gemäß § 433 BGB. Der Verpflichtete kann daher weder jener Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten „rechtsgeschäftlich fernstehen", noch kann er sich danach schon durch den Vorkaufsvertrag zur Eigentumsübertragung verpflichtet haben.

Damit werden auch die weiteren Ausführungen hinfällig, die die Entscheidung des Reichsgerichts zugunsten des Formzwangs geltend macht:

„Unter welchem Gesichtspunkt immer man den Kauf beurteilen mag, in jedem Falle bildet der obligatorische Vorkaufsvertrag mindestens einen sehr wesentlichen Bestandteil. Überdies gilt der Satz 1 des § 313 ausnahmslos für alle eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums begründenden Verträge."[152])

Denn welchen Inhalt der Vorkaufsvertrag auch haben, welche

[151]) A. a. O. 44. [152]) A. a. O. 46.

Bindung er für den Vorkaufspflichtigen auch begründen mag, in keinem Falle enthält diese Bindung, die Verpflichtung zu verkaufen, und nur diese Verpflichtung unterliegt bei der notwendig strengen Auslegung des Gesetzes dem Formzwange. Dies ist das allein Entscheidende.[153])

Müssen alle diese Rechtsausführungen u. E. zur Begründung der Formlosigkeit des Vorkaufsvertrags führen, so ergibt sich die Negierung des Formzwanges auch aus der Prüfung der für den § 313 maßgeblich gewesenen rechtspolitischen Erwägungen. Daß durch die Begründung des Vorkaufsrechts, da der Eigentümer noch nicht zur Eigentumsübertragung verpflichtet wird, auch noch keine Eigentumsverschiebung und deshalb auch keine Gefährdung der Seßhaftigkeit der ländlichen Bevölkerung herbeigeführt wird, bedarf keiner weiteren Ausführung. Aber auch der zweite Grund, den Verkäufer gegen Übereilung zu sichern, kommt beim Vorkaufsvertrage noch gar nicht in Frage und gewinnt erst Bedeutung, wenn der Vorkaufspflichtige an den dritten Käufer veräußert und damit das Vorkaufsrecht zur Entstehung gebracht hat; indem dieser Vertrag der Form des § 313 bedarf, wird daher der Verpflichtete auch dem Berechtigten gegenüber ausreichend geschützt. So sagt mit Recht das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 4. III. 05 (RG. 60, 225):

„Bei diesem Vertrage trifft auch der Grund zu, welcher zur Aufnahme des Formzwanges geführt, daß der Verkäufer nämlich vor Leichtsinn und Übereilung nicht nur in Ansehung der Festsetzung der Kaufbedingungen, sondern auch in bezug auf die Auswahl der Person des Käufers geschützt werden muß. Insbesondere wird der Verkäufer durch den Formzwang veranlaßt, zu überlegen, ob es mit Rücksicht auf die Person des Vorkäufers, den er ja kennt

---

[153]) Diese Gründe können zugleich zur Widerlegung der u. E. ebenfalls widerspruchsvollen Ausführungen des Hanseatischen Straffenats (im „Recht" 07, 754) dienen, der den Formzwang damit begründet, daß, wenn auch „bei der Einräumung des Vorkaufsrechts der Eigentümer freie Hand behält, ob er verkaufen will oder nicht, und wenn auch die Vereinbarung des Vorkaufsrechts weder ein bedingter noch auch überhaupt ein Kaufvertrag zu heißen verdient", der Vorkaufsvertrag doch „ein Vertrag sei, in welchem der eine Teil Verbindlichkeiten, wenn auch nur bedingt, eingeht". Wenn die Entscheidung schließlich diesen Vertrag dem bedingten Kaufvertrage gleichstellt, so verweisen wir auf unsere Ausführungen S. 8f. u. 23f.

und als Vorkäufer gelten lassen muß, für ihn nicht vorzuziehen sei, vom Kaufvertrage ganz abzustehen".

„Andererseits[154]) würde der Berechtigte auch keines größeren Schutzes teilhaftig werden, wenn das Vorkaufsrecht unter § 313 eingeräumt wäre. Denn ein Schutzbedürfnis wäre immer erst dann für ihn vorhanden, wenn er vor die Frage gestellt wäre, ob er in den alle wesentlichen Bestimmungen enthaltenen Vertrag eintreten soll. Bei Einräumung des Vorkaufsrechts kennt er aber die künftigen Bedingungen nicht; er braucht sich zu nichts zu entscheiden, er erwirbt nur ein Recht, welches jedenfalls in jenem Zeitpunkte noch nie gefahrbringend für ihn sein kann".

Diese Gründe werden auch nicht durch die Ausführungen widerlegt, mit welchen das Reichsgericht in jener neueren Entscheidung von 1907 den Formzwang zu rechtfertigen sucht. Denn die dort geltend gemachten Bedenken betreffen größtenteils das unechte, die Statuierung von im voraus vereinbarten Bedingungen zulassende Vorkaufsrecht;[155a]) zum Teil sind es Bedenken, denen auch durch den Formzwang nicht abgeholfen werden würde: so, wenn darauf hingewiesen wird, daß das Bestehen des Vorkaufsrechts eine „lästige Fessel" für den Verkäufer darstelle, „der, um sich nicht dem auszusetzen, daß er zwei gleich starken Ansprüchen gegenübersteht, den Kaufvertrag mit dem Dritten nur unter der Bedingung, daß von dem Vorkaufsrechte kein Gebrauch gemacht wird, abschließen kann, und der sich sagen muß, daß die Kenntniserlangung von dem Bestehen des Vorkaufsrechts den anderen Teil vielleicht von dem Abschluß eines Kaufvertrags abhalten wird".[155])

Auch die weiteren Ausführungen, daß das Vorkaufsrecht „ein Hindernis für den freien Wettbewerb bilde, und daß die rechtliche Ungebundenheit des Verkäufers, ob er veräußern will oder nicht, meist völlig zurücktrete gegenüber dem Drucke der wirtschaftlichen Notwendigkeit", sind Erwägungen, die gegenüber jedem in Not befindlichen und aus Not verkaufenden Verkäufer Platz greifen.

Wenn aber schließlich jene Entscheidung das Formerfordernis durch den Hinweis auf das praktische Bedürfnis, das Vorkaufsrecht

---

154) Thiele 320.

155a) S. ob. S. 51 f. Für dieses „limitierte Vorkaufsrecht" will Wittmack (im Recht a. a. O. 472) nicht einmal eine analoge Anwendung der Vorschriften §§ 504 ff. eintreten lassen.

155) a. a. O. 46 f.

durch Vormerkung zu sichern, zu erweisen sucht[156]) und dazu geltend macht, daß nur die Auffassung, welche in dem Vorkaufsvertrage bereits eine bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung erblickt, für die Zulässigkeit einer Vormerkung Raum gewähre, so ist auch dieser Schlußfolgerung nicht beizutreten. Vielmehr halten wir auch vom Standpunkte der von uns vertretenen Theorie die Sicherung des Vorkaufsrechts durch Vormerkung für zulässig.[157]) Es kann für diese Frage nicht darauf ankommen, ob durch den Vorkaufsvertrag eine „Verpflichtung" zur Eigentumsübertragung, sondern nur darauf, ob eine gewissen Voraussetzungen genügende „Berechtigung auf Eigentumserwerb" begründet wird. Denn durch Vormerkung können nicht bloß gegenwärtige, sondern auch bedingte und zukünftige Ansprüche auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke gesichert werden (§ 883 Abs. 1, Satz 2 BGB.). Daß die zukünftigen nicht mit den betagten oder befristeten Ansprüchen identisch sind (darauf haben wir schon oben[158]) hingewiesen), ergibt sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte des § 883, wie auch aus der sonstigen Terminologie des Gesetzes.[159]) Vielmehr sind unter künftigen Ansprüchen nur solche zu verstehen, die erst in Zukunft zur Entstehung gelangen. Nun hat man allerdings mit Recht erkannt, daß eine solche Begriffsbestimmung des künftigen Anspruchs für dessen praktische Verwendbarkeit sehr bedenklich ist; man hat ihm deshalb eine einschränkende Deutung gegeben. Im Anschluß an die Rechtsprechung des Obertribunals (StriethArch. 59, 28) und des Reichsgerichts (55, 334) erklärt daher Bendix[160]) nur solche künftigen Ansprüche für vor-

[156]) Für Turnau-Förster (636 Vorb. zu § 1094) bildet gerade der Mangel eines praktischen Bedürfnisses, da ja durch die Vormerkbarkeit des obligatorischen Vorkaufsrechts der Abschnitt über das dingliche überflüssig würde, einen Beweisgrund mit gegen die Vormerkbarkeit des obligatorischen Vorkaufsrechts; dafür, daß diese Ansicht nicht richtig ist, vgl. Seckler 285; Bendix Vorkauf a. a. O. 601/2; ferner Hilscher 27 ff.

[157]) Die Streitfrage dreht sich lediglich darum, ob das noch nicht ausgeübte Vorkaufsrecht vormerkungsfähig ist; daß das ausgeübte Vorkaufsrecht durch Vormerkung gesichert werden kann, erkennen auch die Gegner an; s. u. Anm. 162.

[158]) S. 40 zu Anm. 112.

[159]) Vgl. Bendix in GruchotsBeitr. 49, 288; Seckler 34; Schreiner 16 sowie §§ 765_2, 1113_2, 1204_2, dagegen 813_2, 2217_2 BGB.; a. M. Turnau-Förster (636) und Kretzschmar (1, 205), Boehm 43, die „künftigen" und „betagten" Anspruch identifizieren.

[160]) a. a. O.

merkungsfähig, die in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis ihre Grundlage haben. Uns erscheint auch diese Interpretation noch zu weitgehend, und wir möchten deshalb mit Seckler[161]) nur solche Ansprüche für vormerkungsgeeignet erachten, „für deren Entstehung nach dem augenblicklichen Stande der Verhältnisse und dem voraussichtlichen Laufe der Dinge soviel Chancen bestehen, daß die Parteien zur Zeit schon mit dem Anspruche rechnen". Dieser Tatbestand trifft aber unstreitig für den durch den Vorkaufsvertrag begründeten, zukünftig entstehenden Anspruch des Berechtigten auf Eigentumsübertragung zu. Die Zulässigkeit der Vormerkbarkeit dürfte daher auch nach unserer Auffassung außer Zweifel stehen.[162])

[161]) a. a. O.; ebenso Reichel 101; a. M. Schreiner 20.

[162]) So die herrschende Meinung; a. M. nur noch Turnau-Förster Vorb. zu § 1094 Nr. 6; Kretzschmar 1, 204; 2, 352; Winkler 26. Von diesen wird gegen die Vormerkbarkeit des obligatorischen Vorkaufsrechts noch folgendes geltend gemacht: Die Vormerkung lasse nur die Sicherung solcher obligatorischen Ansprüche zu, die ihre Erfüllung in einer endgültigen Eintragung finden können; was nicht definitiv eingetragen werden darf, könne auch nicht vorgemerkt werden. Diese Beschränkung ergebe sich aus dem Grundsatze des numerus clausus der dinglichen Rechte, der für das Sachenrecht des BGB. gelte. Das persönliche Vorkaufsrecht solle aber nach dem Willen der Parteien lediglich unter ihnen, keineswegs dinglich wirken; es trage daher nicht die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts in sich. Könne hiernach aber das persönliche Vorkaufsrecht, wenn es vorgemerkt wäre, nicht in eine definitive Eintragung umgewandelt werden, so ergebe sich daraus die Unmöglichkeit seiner Vormerkbarkeit. — Die Widerlegung dieser Deduktion ergibt sich zum Teil bereits aus unseren Ausführungen im Texte. Richtig ist, daß der Vertrag über die Begründung eines persönlichen Vorkaufsrechts nicht ohne weiteres die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts enthält (a. M. Fuchs 346 Vorb. zu § 1094), und daß vielmehr eine solche Verpflichtung besonders begründet werden muß. Allein das durch Vormerkung gesicherte obligatorische Vorkaufsrecht erstrebt ja gar nicht die Eintragung als dingliches Vorkaufsrecht; der obligatorisch Vorkaufsberechtigte will keineswegs durch die Eintragung der Vormerkung die Rechtsstellung erlangen, die dem dinglich Berechtigten das dingliche Vorkaufsrecht als Grundstücksbelastung gewährt; sein Anspruch gipfelt vielmehr einzig und allein darin, das Eigentum an dem Grundstücke beim Eintritte des Vorkaufsfalls zu erlangen. Daß durch die Vormerkung der obligatorisch Berechtigte in vielfacher Beziehung dem dinglich Berechtigten gleichgestellt wird, ist allerdings richtig; dieser Umstand ist aber lediglich in der Natur des dinglichen Vorkaufsrechts begründet, das Dritten gegenüber eben auch nur die Wirkung einer Vormerkung hat; für die Frage der Vormerkbarkeit des persönlichen Vorkaufsrechts kann dies nicht maßgebend sein: der obligatorisch Berechtigte würde vielmehr auf Grund des § 883 die Vormerkung seines Anspruchs auch dann verlangen können, wenn das Gesetz ein dingliches Vorkaufsrecht

b) Bei dem dinglichen Vorkaufsrechte.

Bei der Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts müssen wir drei rechtliche Vorgänge unterscheiden:

1. Der obligatorische Vertrag, durch welchen die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts begründet wird, das sogen. Kaufalgeschäft; sodann die beiden unmittelbaren Entstehungsfaktoren:

2. der dingliche Vertrag, d. h. die Einigung der Parteien über den unmittelbaren Eintritt der Rechtsänderung,

3. die Eintragung ins Grundbuch.

α. Gegenüber dem Kaufalgeschäfte.

Wenn wir uns zunächst der Beantwortung der Formfrage für das Kaufalgeschäft zuwenden, so finden wir diese Frage vielfach mit folgender Begründung entschieden:

Das dingliche Vorkaufsrecht werde vom Gesetz als eine Grundstücksbelastung behandelt; es sei deshalb ein begrenztes dingliches Recht. Die Verpflichtung, die der Vorkaufspflichtige durch die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts übernehme, gehe daher nicht

---

nicht kannte. Der Einwand, daß das vorgemerkte obligatorische Vorkaufsrecht nicht definitiv eingetragen werden könnte, greift daher nicht durch, da nicht das Vorkaufsrecht als solches, sondern der im Vorkaufsrecht enthaltene künftige Anspruch auf Eigentumsübertragung durch Vormerkung gesichert wird und das Eigentum ein anerkanntes dingliches Recht ist. Wenn deshalb gesagt wird, die Vormerkung des obligatorischen Vorkaufsrechts bilde eine Durchbrechung des Prinzips der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte, so trifft diese Behauptung entweder überhaupt nicht zu oder sie richtet sich lediglich gegen das Institut der Vormerkung (so auch Predari 197 Anm 3; Weigelt 59). Das Institut der Vormerkung, nicht das Vorkaufsrecht ist es daher in Wahrheit allein, gegen das sich schließlich auch der Einwand richtet, daß das obligatorische Vorkaufsrecht, welches nach dem Willen der Parteien nur unter ihnen Geltung haben sollte, durch die Vormerkung dingliche Wirkung erlangt; denn die Vormerkung sichert eben immer nur obligatorische Ansprüche, und diese haben bei ihrer Begründung nach dem Willen der Parteien stets nur Wirkungen zwischen ihnen. Wollte die Gegenansicht konsequent sein, so müßte sie auch verbieten, daß das ausgeübte persönliche Vorkaufsrecht, wie überhaupt jeder Auflassungsanspruch durch Vormerkung gesichert werden dürfte; das ist aber sicher unrichtig. Weil eben die Vormerkung ein gesetzlich zulässiges Mittel ist, gewissen obligatorischen Ansprüchen gewissen Inhalts dinglichen Schutz zu gewähren, so erscheint es uns auch bedenklich, wie Goldmann-Lilienthal 523 Anm. 4 wollen, eine Vereinbarung zuzulassen, die dem Vorkaufsberechtigten verbietet, sein persönliches Vorkaufsrecht durch Vormerkung zu sichern.

dahin, das Eigentum am Grundstücke zu übertragen, sondern lediglich dahin, für den Berechtigten ein begrenztes Recht am Grundstücke zu begründen. Der Vertrag über die Bestellung eines begrenzten dinglichen Rechtes unterliege aber nicht dem Formzwange des § 313, mithin auch nicht derjenige über die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts, dessen Formfreiheit im übrigen in den Protokollen noch ausdrücklich bestätigt werde.[163])

Diese Begründung wird auch von Schriftstellern geteilt, die hinsichtlich des persönlichen Vorkaufsrechts den Standpunkt des Formzwanges vertreten und die somit zu der praktisch höchst bedenklichen, von ihnen trotzdem anerkannten Konsequenz gelangen, daß sie denjenigen Vertrag, welcher nur unter den Kontrahenten Rechtsbeziehungen schafft, einer strengeren Form unterwerfen als denjenigen Vertrag, durch welchen jenem ersten Vertrage Rechtswirksamkeit auch gegen Dritte verliehen wird.[164])

Die richtige Anwendung des Gesetzes schafft auch diesem wenig befriedigenden Resultate gegenüber Remedur. Der Gesetzgeber hat die Auffassung der Protokolle, daß Verträge, durch welche begrenzte dingliche Rechte begründet werden, formlos gültig sein sollen, nicht Gesetz werden lassen. Er sagt vielmehr ganz generell, daß der Vertrag, durch den jemand sein Eigentum am Grundstück überträgt, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegt. § 313 findet daher Anwendung nicht nur auf Fälle, in denen die unmittelbare rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ausgesprochen wird, sondern auch auf solche, „wo die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nur die mittelbare gesetzliche Folge eines anderen Rechtsverhältnisses ist".[165]) Auch bei der Bestellung eines begrenzten dinglichen Rechtes muß daher die Frage geprüft werden, ob nicht der Bestellungsvertrag den Tatbestand des § 313 erfüllt, insbesondere ob nicht die Belastung des Grundstücks etwa nur das Mittel bildet, um für den Eigentümer eine ihn bereits bindende Verpflichtung zur Übertragung seines Eigentums vorzubereiten.[166]) Eine solche Prüfung verlangt ein Eingehen auf die Natur des

[163]) So Oberneck 592 und in DNotV. 01, 35; Männer 343 Anm. 4; Achilles-Strecker 54 Anm. 2; Türke Nr. 1 zu § 1094.

[164]) Türke Anm. 4 zu § 1094; RG. 67, 43; früher auch Männer (1) 261 Anm. 4.

[165]) Fuchs Vorbem. zu § 1094 Nr. 3 Ia; ebenso Ortmann 2c γ zu § 313; Boehm 22.

[166]) Im Sinne eines Vorvertrags.

dinglichen Rechtes, und so läßt sich auch beim dinglichen Vorkaufsrechte die Frage, ob der Bestellungsvertrag dem Formzwang unterliegt, nur aus der Stellung heraus beantworten, welche man seiner rechtlichen Natur gegenüber einnimmt.

Stellt man sich auf den Immerwahrschen Standpunkt, welcher in dem dinglichen Vorkaufsrecht einen bedingten Eigentumsübertragungsanspruch erblickt, so muß man den Formzwang des § 313 für das Kaufalgeschäft bejahen. Denn nach ihm wird durch den Vertrag für den Vorkaufspflichtigen eine Verpflichtung begründet, die darauf abzielt, beim Eintritte der Bedingung dem Vorkaufsberechtigten das Grundstück zu übertragen. Dem bedingten Anspruche des Berechtigten steht von vornherein die bedingte Verpflichtung auf Eigentumsübertragung gegenüber. Es gilt in dieser Beziehung das gleiche, was oben beim persönlichen Vorkaufsrechte hinsichtlich der Theorie des bedingten Kaufvertrags gesagt worden ist und zur Bejahung des Formzwanges geführt hat.[167])

Aus den gleichen Gründen ergibt sich die Formalisierung des Kaufalgeschäfts, wenn man das dingliche Vorkaufsrecht als eine Grundstücksbelastung, welche die bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung enthält, charakterisiert.[168])

Die von uns vertretene Auffassung vom Wesen des dinglichen Vorkaufsrechts muß auch hier zur Ablehnung des Formzwanges gelangen. Wir konstruieren das dingliche Vorkaufsrecht als eine Grundstücksbelastung, welche ein obligatorisches Vorkaufsrecht involviert. Demgemäß enthält das Kaufalgeschäft, das die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts enthält, zugleich die Verpflichtung zur Begründung eines persönlichen Vorkaufsrechts. Das Kaufalgeschäft muß demnach der gleichen Vertragsform unterworfen werden, der derjenige Vertrag unterliegen würde, durch welchen jemand sich verpflichtet, ein persönliches Vorkaufsrecht zu begründen. Ein solcher Vertrag hätte den Charakter eines Vorvertrags und würde nach unseren Ausführungen an anderer Stelle[169]) der gleichen Form unterliegen, wie der Hauptvertrag,

---

[167]) S. 47; wie oben richtig: Immerwahr 294; Hilscher 24.

[168]) Ebenso Crome 3, 575 Anm. 58; Fuchs Nr. 3 Ia zu § 1094; Biermann 2 zu § 1094 und „Widerspruch und Vormerkung" 133; Planck 4 zu § 1094; Staudinger 2a zu § 1094; Neumann 1b zu § 1094; Dernburg, Bürgerl. Recht 2, 116 Anm. 7.

[169]) S. S. 48 f.

d. h. der Vorkaufsvertrag. Da wir für letzteren die Formfreiheit verlangten, so ergibt sich diese auch für jenen Vertrag und damit für das Kaufalgeschäft des dinglichen Vorkaufsrechts.[169a])

Aus dieser Deduktion folgt, daß die Rechtsausführungen, die wir zur Rechtfertigung der Formlosigkeit des obligatorischen Vorkaufsvertrags gemacht haben, in vollem Umfang auch für das Kaufalgeschäft des dinglichen Vorkaufsrechts Anwendung finden müssen.[170]) Wenn aber den Bedenken darüber, ob die Statuierung besonderer Kaufbedingungen zwischen dem Vorkaufspflichtigen und -berechtigten zulässig ist, beim obligatorischen Vorkaufsrecht immerhin noch eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden kann, so läßt die sachenrechtliche Natur des dinglichen Vorkaufsrechts einen solchen Zweifel zugunsten der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen erst gar nicht aufkommen. Denn der zwingende Charakter des Sachenrechts bringt es mit sich, daß die Bestimmungen der §§ 504 bis 514, indem sie durch § 1098 Abs. 1 ins dingliche Vorkaufsrecht hinübergenommen werden, ihre dispositive Natur verlieren und zwingenden Charakter annehmen.[171]) Damit entfallen aber beim dinglichen Vorkaufsrecht in jedem Falle alle die Schlußfolgerungen, die aus jenem Umstande für den Formzwang des obligatorischen Vorkaufsvertrags von den Gegnern geltend gemacht werden.

Ebensowenig wie beim obligatorischen Vorkaufsrechte vermögen beim dinglichen die rechtspolitischen Gründe des § 313 seine Anwendung zu begründen. Insbesondere läßt sich nicht ins Feld führen, was die Reichsgerichtsentscheidung vom November 1907[172]) zunächst nur zugunsten des Formzwanges hinsichtlich des persönlichen Vorkaufsrechts anführt, daß nämlich das Vorkaufsrecht „eine besonders schwere Belastung, eine lästige Fessel" für den Verkäufer bedeute und daß deshalb die Formalisierung geboten erscheine. Es mag zugegeben werden, daß das beim dinglichen Vorkaufsrecht in

[169a]) Im Ergebnis ebenso: Turnau-Förster Nr. 4 zu § 1094; Kretzschmar 2, 351/2; Männer 343 Anm. 3; Oberneck 592; Wittmack 123 f.; Thiele 323; Predari 443/4; Türke Anm. 4 zu § 1094; ferner RG. 67, 43; Endemann 2, 694 Anm. 15.

[170]) S. S. 50 ff.

[171]) Der E. II hat die dies ausdrücklich aussprechende Bestimmung § 959 E. I als selbstverständlich gestrichen; wie oben die gesamte Literatur, so Turnau-Förster 635 Vorbem. zu § 1094 Nr. 3; Fuchs Nr. 3a zu § 1098 u. a.; auch Mot. 3, 451; Prot. 3, 765.

[172]) RG. 67, 43 f.

gewissem Sinne zutrifft; dies kann aber de lege lata den Formzwang nicht rechtfertigen. Denn wenn das dingliche Vorkaufsrecht für den Eigentümer eine lästige Fessel ist, so ist dies ein Ausfluß seines Charakters als dingliche Grundstückslast, nicht seiner Vorkaufsnatur. Die obligatorischen Verträge über begrenzte Rechte an Grundstücken, die keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung enthalten, unterliegen aber unstreitig nicht der Formvorschrift des § 313, obwohl, wie in den Kommissionen mit Recht geltend gemacht wurde, sie „in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung dem Eigentumsrechte sehr nahe stehen und deshalb die Konsequenz die Anwendung der Formvorschrift auf sie erfordere".[173]) In dieser Beziehung stellt daher das dingliche Vorkaufsrecht keine schwerere Belastung dar als z. B. eine Hypothek, und was zugunsten des Formzwanges beim dinglichen Vorkaufsrechte spricht, insbesondere der Schutz gegen Übereilung, das spricht mindestens in gleicher Schärfe zugunsten eines de lege lata formlosen Vertrags, durch welchen der Eigentümer eine Hypothek auf seinem Grundstück aufnimmt.

β. Gegenüber dem dinglichen Vertrage.

Ähnliche rechtliche Erwägungen wie bei dem Kausalgeschäfte müssen bei der Prüfung der Frage Platz greifen, ob die Einigung beim dinglichen Vorkaufsrechte dem Formerfordernisse des § 313 zu ihrer Gültigkeit genügen muß. Die herrschende Meinung lehnt auch hier den Formzwang ab und gibt dieser Ablehnung folgende Begründung:

Das BGB. fasse das dingliche Vorkaufsrecht als eine Belastung auf; als solche erfordere es zur Herbeiführung der dinglichen Bindung nur einer der im § 873 Abs. 2 angeführten Formen. Die Einigung sei zudem ein dinglicher Vertrag, § 313 beziehe sich aber, wie aus seiner Stellung im Gesetze hervorgehe, nur auf obligatorische Verträge; eine analoge Anwendung auf dingliche Verträge verbiete sich schon wegen der scharfen Trennung, die nach dem Systeme des Gesetzes zwischen Obligationen- und Sachenrecht bestehe. Schließlich sei auch die Einigung überhaupt an die Beobachtung keiner Form zu ihrer Rechtsgültigkeit gebunden und werde in Verbindung mit der Eintragung ohne weiteres rechtswirksam.[174])

---

[173]) Prot. 1, 459 f.

[174]) So insbes. Turnau-Förster 638/9 Nr. 4 zu § 1094; Oberneck, DNotV. 01, 35 und Komment. 592; Winkler 31; ferner Biermann Nr. 2 zu § 1094;

Auch diese Begründung trifft u. E. nur die Form, nicht den Kern der Sache. Richtig ist selbstverständlich, daß die Einigung ein dingliches Rechtsgeschäft ist und sich nur auf dingliche Rechte bezieht; das dingliche Vorkaufsrecht ist aber kein reines dingliches Recht, es ist Grundstücksbelastung und obligatorisches Recht zugleich. Soweit die dingliche Seite des Vorkaufsrechts in Betracht kommt, ist daher die Einigung auch für es Entstehungsmoment, nicht aber bezüglich des obligationsrechtlichen Teiles seines Wesens. Dieser bleibt nach wie vor den Vorschriften des Obligationsrechts unterworfen — die Vorschrift des § 313 findet ja auf alle Arten von Verpflichtungsgeschäften Anwendung — und schreiben diese Vorschriften eine besondere Form vor, so unterfällt er dieser. Die bekämpfte Ansicht, die diesen Unterschied nicht macht und den Formzwang mit dem an sich richtigen Hinweise darauf ablehnt, daß die Einigung als dinglicher Vertrag nicht der obligatorischen Vorschrift des § 313 unterworfen werden dürfe, verfällt gerade in den entgegengesetzten Fehler, daß sie nämlich einen obligatorischen Vertrag den Formvorschriften unterwirft, welche für die dinglichen Verträge gelten. Mit Recht sagt daher Immerwahr,[175]) daß, wenn man hinsichtlich der Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts als einzigen Weg an die Einigung und Eintragung denke, man mehr Nachdruck auf die Dinglichkeit als auf das Vorkaufsrecht lege. „Zur Entstehung eines dinglichen Vorkaufsrechts seien diese beiden Momente jedoch nicht ausreichend". Wenn aber Immerwahr daraus den Schluß zieht, man könne deshalb nicht sagen: „ein dingliches Vorkaufsrecht entstehe durch Einigung und Eintragung, sondern müsse den Satz dahin einschränken, ein Vorkaufsrecht erlange dingliche Wirkung durch Einigung und Eintragung",[175]) so ist dieser Auffassung nicht beizustimmen.[176]) Denn wäre sie richtig, so müßte schon vor Einigung und Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts ein obligatorisches Vorkaufsrecht auf Grund des Kaufgeschäfts entstanden sein. Durch das Kaufgeschäft wird aber, wie wir gezeigt haben, lediglich eine Verpflichtung begründet, welche der auf Begründung eines persönlichen Vorkaufsrechts gerichteten analog ist. Das obligatorische Vorkaufsrecht entsteht selbst erst mit dem dinglichen Rechte,

Planck Nr. 4 zu § 1094; Türke Anm. 4 zu § 1094; Dernburg, Bürgerl. Recht 2 § 197 III; Matthias 2, 134; Boehm 19.

[175]) a. a. O. 292/3.

[176]) Ebenso Fuchs, Vorb. zu § 1094 Nr. 4; Keetmann 36.

es ist integrierender Bestandteil des dinglichen Vorkaufsrechts, dessen dinglichen Bestandteile völlig koordiniert und mit diesem begrifflich derartig verknüpft, daß das dingliche Recht nicht entstehen kann, wenn nicht auch das obligatorische Recht entsteht. Da nun obligatorische Rechte nur mit der Erfüllung der für sie maßgebenden Formvorschriften entstehen, so kann deshalb auch das dingliche Vorkaufsrecht erst entstehen, wenn das obligatorische Vorkaufsrecht seinen Formvorschriften genügt hat; die hier zur Entscheidung stehende Frage muß deshalb nicht in der Form gestellt werden, ob die Einigung der Formvorschrift des § 313 unterfällt, sondern folgerichtig dahin lauten, ob die Einigung etwa neben den im § 873 Abs. 2 bestimmten Formen auch der Form des § 313 zu unterwerfen ist.

Wie beim Kaufalgeschäfte, so muß daher auch bei der Einigung des dinglichen Vorkaufsrechts für die Prüfung des Formerfordernisses die Frage zugrunde gelegt werden: enthält das obligationsrechtliche Element des dinglichen Vorkaufsrechts eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, so unterliegt die Einigung auch der Formvorschrift des § 313. Enthält sie eine solche Verpflichtung nicht, so bedarf sie nicht jener Form. Immerwahr und die Anhänger der Theorie, nach der das dingliche Vorkaufsrecht eine bedingte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung involviert, müssen hiernach die Anwendung des § 313 auch für die Einigung verlangen.[177]) Die von uns vertretene Auffassung, die das Formerfordernis für das persönliche Vorkaufsrecht nicht forderte, gelangt auch hier zu dem praktisch günstigeren Resultate, die Anwendung des § 313 für die Einigung verneinen zu können.

Unsere Ausführungen beweisen, daß wir uns des Unterschieds, der zwischen dem dinglichen und dem obligatorischen Geschäfte besteht, durchaus bewußt sind, und nicht etwa beim dinglichen Vorkaufsrechte beide Rechtsgeschäfte — wenngleich ihr Inhalt ziemlich nahe gerückt ist[177a]) — miteinander identifizieren. Dies ergibt vom Standpunkte der Gegenmeinung aber noch folgende, geradezu absurd wirkende Sonderheit:

Da der § 313 sich nur auf das der Einigung innewohnende obligatorische Grundgeschäft bezieht, so wird durch die Beobachtung

[177]) So auch richtig Immerwahr 294; Fuchs Nr. 3 Ia zu § 1094; Hilscher 35; a. M. die Anm. 174 Genannten; ferner Staudinger 2a zu § 1094.

[177a]) Vgl. auch Fuchs 348 Nr. 3 Ia, bb zu § 1094.

dieser Formvorschrift allein noch keine Bindung der Parteien im Sinne des Abs. 2 des § 873 BGB. hervorgerufen. Diese dingliche Bindung tritt vielmehr auch hier erst ein, wenn die Parteien einer der Formen des Abs. 2 § 873 genügt haben. In letzterer Beziehung unterscheidet sich mithin das dingliche Vorkaufsrecht nicht von den anderen dinglichen Rechten. Der Umstand, daß bei ihm die Einigung zugleich eine obligatorische Verpflichtung zur Eigentumsübertragung enthält,[178]) hat dagegen die Eigentümlichkeit, daß die Bindung noch nicht allein durch die Erfüllung einer der Formen des § 873, sondern erst dann eintritt, wenn zugleich der Form des § 313 genügt ist. Ist diese Form des § 313 nicht erfüllt, so bewirkt die nach § 873 Abs. 2 formell geschlossene Einigung keine Bindung. Es liegt dann überhaupt keine rechtsgültige Einigung vor, da ein Bestandteil infolge Formmangels (gemäß § 125 BGB.) nicht existiert; dieser Mangel kann auch nicht durch die nachfolgende Eintragung geheilt werden;[179]) denn die Eintragung heilt nicht die Mängel des dinglichen Vertrags. Wollen deshalb die Parteien ein dingliches Vorkaufsrecht bestellen, bei dem sie bereits durch die Einigung gebunden sein sollen, so muß die Einigung der Form sowohl des § 313 als des § 873 Abs. 2 unterworfen werden;[180]) verzichten sie auf die vorherige Gebundenheit, d. h. auf das Recht, ihre Erklärungen bis zur Eintragung jederzeit widerrufen zu können, — was wohl auch sonst mit Rücksicht auf ökonomische Interessen in der Praxis meist geschieht, — so genügt es, wenn sie die Einigung nur nach § 313 abschließen. Hier wird dann das dingliche Rechtsgeschäft, d. h. die beiden einander konformen, auf die Hervorbringung

[178]) Die Erklärung des Vorkaufsberechtigten bei Eingehung der Einigung: „ich bewillige die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts auf meinem Grundstücke", muß — rechtlich zergliedert — nach der Gegenmeinung dahin verstanden werden, daß der Vorkaufspflichtige einmal erklärt: ich übernehme hiermit die bedingte Verpflichtung, mein Grundstück zu übereignen (§ 313) und dann: ich beantrage die Eintragung dieser Verpflichtung als Grundstückslast auf meinem Grundstücke (§ 873_2).

[179]) Ebenso Fuchs Nr. 3 Ia zu § 1094.

[180]) Diese geradezu vernichtende Konsequenz der Gegenmeinung ist u. E. unabweisbar. Der Grundsatz der §§ 126_2 u 129_2 BGB. kann hier keine Anwendung finden; gleichwohl läßt Fuchs 347 Nr. 3 Ia zu § 1094 die Beobachtung der Form des § 313 allein zur Bindung genügen; unbestimmt Immerwahr 293 f. wie Fuchs: Hilscher 35. Die im Texte vertretene Auffassung hat praktisch namentlich Bedeutung für die Stempelversteuerung; vgl. dazu auch Wittmaack 138 (Erbbaurecht).

des dinglichen Rechtes gerichteten Willenserklärungen als formlos abgegeben in dem obligatorischen Formvertrag enthalten zu betrachten sein. Folgt dann die Eintragung, so ist gleichwohl das dingliche Vorkaufsrecht entstanden.

Resumieren wir unsere Ausführungen über die Formfrage bei der Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts, so ergibt sich folgendes praktisches Resultat:

1. Vom Standpunkte der von uns vertretenen Auffassung:

Formfreiheit für das Kausalgeschäft;

Formfreiheit für die unverbindliche dingliche Einigung;

Formzwang der Vorschrift des § 873 Abs. 2 für die bindende Einigung.

2. Vom Standpunkte der bekämpften Auffassungen:

Formzwang des § 313 für das Kausalgeschäft;

Formzwang des § 313 für die unverbindliche Einigung;

Formzwang der §§ 313 und 873 Abs. 2 für die bindende Einigung.

C. Schluß.

Wir glauben gezeigt zu haben, daß die von uns bekämpfte Auffassung, welche für den Vorkaufsvertrag den Formzwang des des § 313 verlangt, nicht bloß in rechtlicher Beziehung schwerwiegenden Bedenken unterliegt, sondern daß sie vor allem bei konsequenter Durchführung auf Schwierigkeiten stößt, die, vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollt, die praktische Brauchbarkeit des dinglichen Vorkaufsrechts beinahe in Frage stellen, Schwierigkeiten, denen die von uns verteidigte Formfreiheit des Vorkaufsvertrags in einwandsfreiester Weise entgeht. Es bleibt uns nun noch übrig, die Frage zu erörtern, wie nach der gegnerischen Ansicht die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn bei der Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts nicht den Formerfordernissen des § 313 vollständig Genüge geschehen, das Vorkaufsrecht aber gleichwohl im Grundbuch eingetragen ist. Findet hier der Satz 2 des § 313 Anwendung, d. h. wird der Formmangel durch die Eintragung geheilt, und entsteht ein vollgültiges dingliches Vorkaufsrecht? Auch hier ist das Ergebnis, selbst bei weitgehender Gesetzesinterpretation, noch ein derart unerfreuliches, daß die Bedenken gegen diese Theorie dadurch nur eine Verstärkung erfahren müssen.

α. § 313 Satz 2 bestimmt:

„Ein ohne Beobachtung dieser (gerichtlichen oder notariellen) Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt."

Das Gesetz verlangt hiernach zur Heilung des formlos geschlossenen Kaufalgeschäfts Auflassung und Eintragung; nun versteht aber § 925 BGB. unter Auflassung nur diejenige in der besonderen Form abgeschlossene Einigung, durch welche Eigentum am Grundstück übertragen wird. Da die Einigung beim dinglichen Vorkaufsrechte keinen solchen Inhalt hat,[181]) so würde strenge Gesetzesauslegung dazu führen, daß das dingliche Vorkaufsrecht, welches auf Grund einer vollgültigen Einigung im Grundbuch eingetragen worden ist, wegen Formmangels des Kaufalgeschäfts jederzeit aufgerufen werden könnte. Dieses unbefriedigende Ergebnis hat in der Praxis es notwendig gemacht, den Satz 2 des § 313 dahin auszulegen, daß unter Auflassung jede formgerecht geschlossene dingliche Einigung zu verstehen sei.[182]) Auch aus rechtlichen Gründen wird man diese Auslegung zur Not verteidigen können; denn wenn auch an sich der Satz 2 so wenig wie der Satz 1 des § 313 eine extensive Auslegung verträgt, so geht doch aus dem Zwecke dieser lediglich Opportunitätsgründen entsprungenen Bestimmung hervor, daß es dem Gesetzgeber mit der Bezeichnung „Auflassung" nicht so sehr auf den Inhalt der Einigung, als vielmehr auf die Form ankam. Man wird daher annehmen können,

[181]) Damit wird die Ansicht Kretzschmars 2, 352 widerlegt, der behauptet, daß, wenn man für das Kaufalgeschäft des dinglichen Vorkaufsrechts die Formvorschrift des § 313 vorschreibe, man für die dingliche Einigung auch die Auflassungsform des § 925 verlangen müsse. — Denn der § 313 findet Anwendung bei allen obligatorischen Verträgen, durch welche die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründet wird, daher auch wie hier bei bedingten. Die Auflassungsform des § 925 betrifft dagegen nur diejenige Einigung, durch welche die unbedingte Eigentumsübertragung ausgesprochen wird. Aus dem möglicherweise verschiedenen Inhalte beider Verträge ergibt sich, daß nicht notwendig der eine den anderen im Gefolge haben muß. Die Formvorschrift des § 925 BGB. stellt gegenüber der des § 313 die erschwerte Form dar, da die Auflassung gleichzeitige Anwesenheit beider Teile verlangt.

[182]) So Fuchs Nr. 3 Ia zu § 1094, und im Anschluß an ihn Biermann Nr. 2 zu § 1094; Staudinger Anm. 2a zu § 1094; Planck Nr. 4 zu § 1094; Crome 3, 575 Anm. 58; Goldmann-Lilienthal 522 Anm. 3; gegen die Ausdehnung anscheinend Oberneck 591 Anm. 4.

daß in dem obengenannten Beispiel ein unanfechtbares dingliches Vorkaufsrecht durch Eintragung dann entsteht, wenn die Einigung in den Formen des § 313 Satz 1 und § 873 Abs. 2 abgeschlossen ist.[183])

Der Satz 2 des § 313 bezieht sich aber nur auf das Verhältnis des Kaufalgeschäfts zur Einigung und Eintragung; er faßt allein den Fall ins Auge, daß ein dingliches Recht bereits entstanden ist, und will lediglich verhüten, daß das an sich nichtige Kaufalgeschäft einem Interessenten irgend einmal die Möglichkeit gewährt, mit der Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung die Beseitigung der Eintragung des Vorkaufsrechts verlangen zu können. Ist daher die Einigung wegen Formmangels nichtig, so wird dieser Mangel weder nach § 313 Satz 2 noch auf Grund einer sonstigen Bestimmung durch die Eintragung geheilt. Denn die Eintragung hat keine formale Rechtskraft;[184]) sie hat allein nicht die Fähigkeit, das dingliche Recht zur Entstehung zu bringen, Einigung und Eintragung sind vielmehr gleich wesentliche, koordinierte Erfordernisse für den Eintritt der Rechtsänderung: Erst ihr Zusammenwirken bedingt die Entstehung des dinglichen Rechtes. Eine Verkennung dieser Bedeutung der Einigung enthält es deshalb, wenn Immerwahr[185]) in Beziehung auf die Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts sagt:

„Ist die Form für das obligatorische Geschäft gewahrt, so wird im Kosten- und Stempelinteresse von einer formellen Einigung Abstand genommen."

Vielmehr ergibt sich, wenn wir die praktischen Möglichkeiten, in denen einem Formerfordernisse nicht genügt ist, zusammenstellen, folgendes:

1. Ist das Kaufalgeschäft formlos, die Einigung aber nach §§ 313 und 873 Abs. 2 abgeschlossen, so entsteht mit der Eintragung ein unanfechtbares dingliches Vorkaufsrecht.

2. Ist das Kaufalgeschäft nach § 313, die Einigung auch nur nach § 313 abgeschlossen, so entsteht ebenfalls durch Eintragung ein gültiges dingliches Vorkaufsrecht.

3. Ist das Kaufalgeschäft formlos, die Einigung nur nach

---

[183]) A. M. Fuchs 3 I a zu § 1094 (vgl. zu Anm. 180), und wie er die zu Anm. 182 Genannten mit Ausnahme Biermanns, der die Form des § 873 2 fordert.

[184]) Ebenso Fuchs Nr. 3 I a zu § 1094.

[185]) Immerwahr 295; gegen ihn auch Fuchs a. a. O.

§ 313 geschlossen, so ist zwar ein dingliches Vorkaufsrecht entstanden, dieses aber der obligatorischen Klage auf Löschung ausgesetzt.

4. Ist das Kausalgeschäft formlos, die Einigung dagegen nur nach § 873 Abs. 2 abgeschlossen, so entsteht durch die Eintragung kein dingliches Recht; dem daraufhin gleichwohl eingetragenen Vorkaufsrechte gegenüber hat der Eigentümer den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 BGB. bzw. auf Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB.

5. Ist das Kausalgeschäft nach § 313, die Einigung dagegen formlos oder nur nach § 873 Abs. 2 abgeschlossen, so entsteht ebenfalls durch Eintragung kein gültiges dingliches Recht; es gilt das gleiche wie zu 4.

6. Bei gleichzeitiger Formlosigkeit des Kausal- und des dinglichen Geschäfts muß endlich der Grundbuchrichter gleichfalls die Eintragung im Grundbuch ablehnen.

β. Für die von uns vertretene Auffassung gestaltet sich, da mit der Verneinung des Formzwanges nach Satz 1 § 313 auch die Möglichkeit der Anwendung des Satz 2 entfällt, die Rechtslage bei der Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts genau so, wie bei den anderen begrenzten dinglichen Rechten. Hat auf Grund des mündlichen Kausalgeschäfts der Eigentümer gemäß § 19 GBO. die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts auf seinem Grundstücke beantragt, und ist diese sodann erfolgt, so ist damit ein vollwirksames unanfechtbares dingliches Vorkaufsrecht entstanden. Die Parteien haben es zwar in der Hand, durch formellen Abschluß der Einigung in einer der Formen des § 873 Abs. 2 BGB. diese für sie unwiderruflich zu machen; aber dieser Formmangel hat keine Nichtigkeit des dinglichen Vertrags im Gefolge, vielmehr bringt die formlose Einigung in Verbindung mit der Eintragung das dingliche Recht unanfechtbar zur Entstehung.[186])

---

[186]) Ebenso im Ergebnisse die Anm. 169a Genannten.